

„VERWIRKUNG“ VON VERFAHRENSRÜGEN?

**EIN BEITRAG ZUM
STRAFPROZESSUALEN REVISIONSRECHT**

**INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DES AKADEMISCHEN GRADES
EINES DOKTORS DER RECHTE DURCH
DIE RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
DER WESTFÄLISCHEN WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU MÜNSTER**

**VORGELEGT VON
EDELBERT WÄLTHER
AUS KÖLN**

1960

„VERWIRKUNG“ VON VERFAHRENSRÜGEN?

EIN BEITRAG ZUM
STRAFPROZESSUALEN REVISIONSRECHT



INAUGURAL-DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DES AKADEMISCHEN GRADES
EINES DOKTORS DER RECHTE DURCH
DIE RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
DER WESTFÄLISCHEN WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU MÜNSTER

VORGELEGT VON
EDELBERT WALTHER
AUS KÖLN

1960

Meinen Eltern

1. BERICHTERSTATTER: Prof. Dr. K. Peters

2. BERICHTERSTATTER: Prof. Dr. W. Sauer

DEKAN: Prof. Dr. R. Gmür

TAG DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG: 25. JUNI 1960

INHALTSÜBERSICHT

Literaturverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	12
Einleitung	15

Erster Teil

Die Verwirkung im Bereich des materiellen Rechts

§ 1. Der unterschiedliche Bedeutungsinhalt des Verwirkungsbegriffs im materiellen Recht	17
I. Die „Verwirkung“ infolge rechtlich mißbilligten Verhaltens	17
II. Die „Verwirkung“ infolge ungenutzten Zeitablaufs	20
III. Die „Verwirkung“ infolge treuwidriger Verspätung	21
§ 2. Die Verwirkung als Folge des Verstoßes gegen Treu und Glauben	21
I. Die historische Entwicklung des Verwirkungsbegriffs durch die Rechtsprechung	21
II. Die drei Entwicklungsstufen der Verwirkungsrechtsprechung	25
1. „Verwirkung“ infolge reinen Zeitablaufs	26
2. „Verwirkung“ infolge bewußten Schweigens	26
3. „Verwirkung“ infolge Verstoßes gegen Treu und Glauben	27
III. Die verschiedenen dogmatischen Lösungsversuche	28
1. Stillschweigender Verzicht	28
2. Verjährung und Befristung	29
3. Verschweigung	30
4. Fiktion	31
5. Treu und Glauben (§ 242 BGB)	31
6. Eigene Stellungnahme	32
IV. Zusammenfassung	35

Zweiter Teil

Der Einfluß des Verwirkungsgedankens auf das Prozeßrecht

§ 1. Der Verwirkungsgedanke in seiner Anwendung durch die Rechtsprechung auf die prozessualen Rechtsbehelfe	37
I. Die Verwirkung im Bereich des Zivilprozeßrechts und der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der Kostenrechtsprechung	37
II. Die Verwirkung im Bereich des Verwaltungsstreitverfahrens	41

§ 2. Die verschiedenen dogmatischen Lösungsversuche	44
I. Der Standpunkt der Rechtsprechung zur Verwirkung im Zivilprozeß und Verwaltungsstreitverfahren	44
II. Der Standpunkt der Literatur zur Verwirkung im Zivilprozeß und Verwaltungsstreitverfahren	47
§ 3. Die „Verwirkung“ von Verfahrensrügen	50
I. Die Bedeutung der §§ 295, 530, 558 ZPO für das Problem im Bereich des Zivilprozeßrechts	50
II. Die „Verwirkung“ von Verfahrensrügen im Strafprozeß — Ausblick auf das Problem —	52

Dritter Teil

„Verwirkung“ oder „prozessuale Überholung“ von Verfahrensrügen?

§ 1. Die Erforschung der Wahrheit als erste Aufgabe des Strafprozesses	57
§ 2. Die Grenzen der Wahrheitsfindung im geltenden Prozeßrecht	60
I. Die aus dem materiellen Recht begründeten Beweismittelverbote	62
II. Die im Prozeßrecht wurzelnden Rechtsformalien	64
1. Die Formen	64
2. Fristen und Termine	68
3. Die Bedeutung der Tatsacheninstanz als getarnte Ausschußfrist für Verfahrensrügen in der Revisionsinstanz	72
a) in den älteren Strafprozeßordnungen	74
b) in der geltenden Strafprozeßordnung	76
4. Die sogenannte prozessuale Überholung von Verfahrensrügen	78

Vierter Teil

„Verwirkung“ oder Zurückweisung von Verfahrensrügen wegen Verschleppungsabsicht?

§ 1. Das Gebot von Treu und Glauben als Rechtsgrund der Verwirkung infolge prozessualer Arglist	91
§ 2. Die Bedeutung der Prozeßverschleppung als Unterfall des Verstoßes gegen Treu und Glauben	94
§ 3. Die Wahl des selbstgeschaffenen Revisionsgrundes als zweifaktige Verschleppungshandlung	97
Ergebnis	101
Lebenslauf	103

LITERATURVERZEICHNIS

- Alsberg-Nüse, A.-N., Der Beweisantrag im Strafprozeß, 2. Aufl., Köln u. Berlin 1956.
- Baumbach-Lauterbach, B.-L., Kostengesetze, 13. Aufl.
- Baumgärtel, B., Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO und des FGG in: ZZZ Bd. 67 (1954), S. 423 ff.
- Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren in: ZZZ Bd. 69 (1956), S. 89 ff.
- Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin u. Frankfurt 1957.
- Beling, B., Deutsches Rechtsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts, Berlin u. Leipzig 1928.
- , Beweisverbote, B., Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 46, Leipzig 1903.
- Bennecke-Beling, B.-B., Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozeßrechts, Breslau 1900.
- Binding, B., Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl., Leipzig 1904.
- Birkmeyer, B., Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.
- Böhmer II 2, B., Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Zweites Buch, Zweite Abteilung, Tübingen 1952.
- Ditzen, D., Dreierlei Beweis im Strafverfahren, Leipzig 1926.
- Endemann, E., Verwirkung und Verschweigung in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, Bd. 6, Berlin u. Leipzig 1929.
- Forsthoff, F., Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1958
- Gage-Sarstedt, G.-S., Die Revision in Strafsachen, 3. Aufl., Essen 1954.
- Gerold, G., Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, München und Berlin 1958.
- Gierke, G., Deutsches Privatrecht, Bd. I, Leipzig 1895.
- Glaser II, G., Handbuch des Strafprozesses, II. Bd., Leipzig 1885.
- v. Gleispach, v. G., Deutsches Strafverfahrensrecht, Berlin 1943.
- Goldschmidt, G., Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925.
- Graf zu Dohna, G. z. D., Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1929.
- Haeblerlin, H., Sammlung der neuen deutschen Strafprozeßordnungen; Greifswald 1852.
- Hedemann, H., Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, Jena 1929.
- Hellwig, H., Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft in: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, Bd. 3, Breslau 1910, S. 43 ff.
- System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig 1912.
- Henkel, H., Strafverfahrensrecht, 1953.
- v. Hippel, v. H., Der Deutsche Strafprozeß, Marburg 1941.
- Hueck-Nipperdey, H.-N., Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., 1957.

- Jescheck, J., Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß in: JZ 1952, S. 400 ff.
- Kern, K., Die Raschheit der Strafjustiz in: Monatsschrift f. Kriminalpsychologie u. Strafrechtsreform, 15. Jahrg. (1924), S. 237 ff.
- Kleinknecht-Müller, K.-M., Kommentar zur Strafprozeßordnung, 4. Aufl., Darmstadt 1958.
- Krause, K., Schweigen im Rechtsverkehr, Marburg 1933.
- v. Kries, v. K., Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i. B. 1892.
- Lehmann, L., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 6. Aufl., 1949.
- LK Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, Bd. 1, 8. Aufl., 1957.
- Löwe-Rosenberg, L.-R., Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 20. Aufl., herausgegeben von Niethammer in Gemeinschaft mit Geier, Jagusch, Kohlhaas, Schäfer, Sarstedt, Tillmann.
- v. Mangoldt-Klein, v. M.-K., Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1957.
- Mittermaier, M., Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung, Erlangen 1856.
- Niese, N., Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950.
- Nikisch, N., Arbeitsrecht, 2. Aufl., Tübingen 1955.
- Palandt, P., Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl., München u. Berlin 1959.
- Pawelek, P., Die Verwirkung, ein neues Rechtsinstitut? Diss. Jena 1934.
- Peters, P., Strafprozeß, Karlsruhe 1952.
- Zeugenlüge und Prozeßausgang, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe Strafrecht und Strafverfahren Nr. 7, Bonn 1939.
- , Parallelität, Die Parallelität von Prozeß- und Sachentscheidungen in: ZStW 68. Bd. (1956), S. 374 ff.
- Planck, P., Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848, Göttingen 1857.
- RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Komm., herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10. Aufl., Berlin 1953 ff.
- Reimer, R., Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl.
- Rösener, R., Die Verwirkung wegen verspäteter Rechtsverfolgung im öffentlichen Recht. Diss. Göttingen 1955.
- Rosenberg, R., Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., München u. Berlin 1956.
- Rosenfeld, R., Der Reichs-Strafprozeß, 3. Aufl., Berlin 1909.
- , Götschen, Deutsches Strafprozeßrecht (Sammlung Götschen), Berlin u. Leipzig 1926.
- Sauer, S., Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin usw. 1951.
- , Grundlagen, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1929.
- Siebert, S., Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934.

- Simader, S., Die Ablehnung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung. Diss. Würzburg 1933.
- Soergel, S., Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., Stuttgart u. Köln 1952 ff.
- Schmidt, Sch., Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, Göttingen 1952, Teil II, Göttingen 1957.
- Staatsanwaltschaft und Gericht, Probleme der Strafrechtserneuerung in: Festschrift für Eduard Kohlrausch, Berlin 1944, S. 263 ff.
- Schwarz, Sch., Strafprozeßordnung, 21. Aufl., München u. Berlin 1959.
- Schwinge, Sch., Grundlagen des Revisionsrechts, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Heft 4, 1935.
- Staudinger, St., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11. Aufl., Berlin 1954 ff.
- Stein-Jonas-Schönke, St.-J.-Sch., Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., 1953 ff.
- Stich, St., Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Verwaltungsverfahren, in: DVBl. 1956, S. 325 ff.
- Stützel, St., Der Beweisantrag im Strafverfahren, Leipzig 1932.
- Tschischgale, T., Die Rechtsnatur der Verwirkung. Diss. Halle-Wittenberg 1937.
- Ullmann, U., Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, München 1893.
- Walther, W., Die Rechtsmittel im Strafverfahren, I. Abth., München 1853, II. Abth., München 1855.
- Westhoff, W., Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts. Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 1, Berlin 1955.
- Wieczorek, W., Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1956 ff.
- Willenbücher, W., Kostenfestsetzungsverfahren, 15. Aufl.
- Wolff, W., Verwirken der Verfahrensrügen durch den Angeklagten in: NJW 1953, S. 1656 ff.
- Zachariae, Z., Handbuch des deutschen Strafprozesses, I. Bd., Göttingen 1861, II. Bd. Göttingen 1868.
- Zitelmann, Z., Das Recht des BGB, Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
AS	Ämtliche Sammlung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBG	Bundesbeamtengesetz
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGG	Bonner Grundgesetz
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BierStG	Biersteuergesetz
BJG	Bundesjagdgesetz
BSG	Bundessozialgericht
BStBl	Bundessteuerblatt
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BVerwGG	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
EheG	Ehegesetz
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GA	Goltammer's Archiv
GastG	Gaststättengesetz
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GKG	Gerichtskostengesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HandwO	Handwerksordnung
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HdR	Handwörterbuch der Rechtswissenschaften
HSt	Höchststrichterliche Entscheidung in Strafsachen
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JMB1	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
LBG NRW	Landesbeamtengesetz von Nordrhein-Westfalen
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

MRVO	Militärregierungsverordnung Nr. 165
MSchG	Mieterschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PatG	Patentgesetz
PBG	Personenbeförderungsgesetz
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGO	Rechtsanwaltsgebührenordnung
RAO	Reichsabgabenordnung
RÄrzteO	Reichsärzteordnung
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGRspr	Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RLG	Reichsleistungsgesetz
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
RPfleg	Der deutsche Rechtspfleger
Rspr	Rechtsprechung
RTierärzteO	Reichtierärzteordnung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SchlHA	Schleswig-Holsteinischer Anzeiger
TabakStG	Tabaksteuergesetz
UWG	Gesetz über den unlauteren Wettbewerb
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VerwRspr	Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte
VRS	Verkehrsrechtliche Sammlung
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

EINLEITUNG

Im Strafprozeßrecht ist im Zusammenhang mit dem Verlust formell-rechtlicher Revisionsrügen ein neuer Begriff aufgetaucht: Die Literatur spricht von einer „Verwirkung“ von Verfahrensrügen. Es wird dem Beschwerdeführer unter gewissen Voraussetzungen verwehrt, die Revision auf die Verletzung einer Verfahrensvorschrift zu stützen. Der Verwirkungsbegriff ist im Bereich des materiellen Rechts nicht unbekannt. Die Bedenken, die ein Teil der Literatur gegen eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Verwirkung auf Grund langandauernder, von allgemeiner Rechtsüberzeugung getragener Übung vorgebracht hat, sind heute, da wiederum Jahrzehnte vergangen sind, nicht mehr begründet. Immer wieder ist der Verwirkungsbegriff im Bereich des materiellen Rechts in einer unabsehbaren Zahl gerichtlicher Entscheidungen gefestigt worden und wird auch heute unter allgemeiner Billigung immer wieder bestätigt.

Für das Prozeßrecht hat die Rechtsprechung dagegen bisher keine praktikablen allgemeinen Richtlinien aufzustellen vermocht, so daß hier der Zeitpunkt gewohnheitsrechtlicher Anerkennung noch fernliegend erscheint. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen im Strafprozeß Verfahrensrügen verwirkt werden können, stellt den Revisionsrichter vor fast unüberwindliche Schwierigkeiten. Unklar ist vor allem, welche Rolle dem rechtsmindernden Zeitablauf innerhalb relativ kurzer prozessualer Zeiträume zukommen kann. Dieser Mangel entläßt aber den Richter nicht aus seiner Aufgabe, das Recht, auch das prozessuale Recht, zu finden. In jedem einzelnen Fall hat er zu prüfen, ob er nicht selber rechtsgestaltend und rechtsschöpferisch tätig werden muß. Es liegt dabei in der Natur der Sache, daß der Richter, dem die weitergehende Autorität des Gesetzgebers abgeht, bei dieser Aufgabe nicht von vornherein einen allgemeinen Grundsatz aufstellen und aus diesem die Entscheidung im einzelnen Fall ableiten kann. Vielmehr wird er von Fall zu Fall nach praktischen Lösungen suchen, aus denen dann nach und nach ein neues Rechtsprinzip erwachsen kann.

Diese Vereinzelung der richterlichen Entscheidung bringt es mit sich, daß sich vielfältige Formen der Begründung einschleichen können, mag auch über das Ergebnis im wesentlichen Einigkeit bestehen. So spricht man dort, wo von „Verwirkung“ von Verfahrensrügen die Rede ist, gleichzeitig auch von „stillschweigendem Verzicht“, von „prozessualer Arglist“ oder auch davon, daß das angefochtene Urteil auf diesem Verfahrensverstöß nicht „beruhe“. Die Häufung unterschiedlicher Formulierungen mag zunächst belanglos erscheinen, sie wird aber dort gefährlich, wo jedem einzelnen gebrauchten Begriff selbst wieder ein spezifischer Bedeutungsinhalt zukommt, der ihm eine besondere Aufgabe im System des Prozeßrechts zuweist. Ein in der Entstehung begriffener neuer

Rechtsbegriff kann auf diese Weise immer unkenntlicher gemacht und in der weiteren Entwicklung gehemmt werden. Die Richtigkeit dieses allgemeinen Satzes wird sich auch an dem vom Revisionsrecht in jüngster Zeit aufgenommenen Begriff der „Verwirkung“ von Verfahrensrügen erweisen, über den nach allgemeiner Überzeugung weder im Grundsätzlichen noch in den Einzelheiten Klarheit herrscht. Die vorliegende Arbeit möchte den eigentlichen Ursachen dieser Rechtsentwicklung, deren Ursprung schon vor der Entstehung der geltenden Strafprozeßordnung liegt, nachgehen. Sie will versuchen, einem neuen Rechtsbegriff, dessen Entwicklung für immer zu stocken scheint, einen neuen Weg zu bahnen.

Im einzelnen ergibt sich folgender Aufbau: Zunächst soll die Auseinandersetzung mit dem Verwirkungsbegriff im Vordergrund stehen. Die kaum noch zu überbietende Vieldeutigkeit des Ausdrucks „Verwirkung“ verlangt nach einer terminologischen Klarstellung. Der unterschiedliche Bedeutungsinhalt des Wortes soll im Wege der ordnenden Interpretation festgestellt werden. Das soll an Hand einer Gruppenbildung aller im Sprachgebrauch mit „Verwirkung“ bezeichneten Erscheinungen geschehen. Liegt der Zusammenhang der Rechtssätze innerhalb der größeren Normenkomplexe offen, so kann auch ihr Verhältnis zueinander bestimmt werden. Sodann soll, ausgehend von dem anerkannten materiellrechtlichen Verwirkungsbegriff, untersucht werden, in welcher Weise dieser auf die hauptsächlichlichen prozessualen Rechtsbehelfe einwirkt. Wohl der gewichtigste Einwand, der gegen den Verlust einzelner Verfahrensrügen erhoben werden kann, ist der Prozeßzweck selbst: Der Rügeverlust kann möglicherweise dazu führen, daß der Revisionsrichter der materiellen Wahrheit nicht zum Siege verhelfen kann. Es muß deshalb auch das Verhältnis zu den übrigen Schranken der Wahrheitsfindung, wie sie das geltende Strafprozeßrecht dulden muß, geklärt werden. Bei der hier erforderlichen systematischen Einordnung der einzelnen Erscheinungen kommt den sogenannten Rechtsformalien, insbesondere den durch zahlreiche offene und verdeckte prozessuale Ausschlußfristen geschaffenen Prozeßstadien eine besondere Rolle zu. Letztere weisen auf die in Vergessenheit geratene Erscheinung der sogenannten prozessualen Überholung hin, die als objektive Rechtserscheinung den Verlust von Verfahrensrügen zu erklären vermag. Demgegenüber stehen die subjektiv zu deutenden Fälle arglistigen Prozeßverhaltens, die ebenfalls einen Rügeverlust rechtfertigen.

Die Verwirkung im Bereich des materiellen Rechts

§ 1. Der unterschiedliche Bedeutungsinhalt des Verwirkungsbegriffs im materiellen Recht

I. Die „Verwirkung“ infolge rechtlich mißbilligten Verhaltens

Die Auslegung eines Begriffs, der in seiner rechtlichen Tragweite nicht übersehen werden kann, muß notwendigerweise an den allgemeinen Sprachgebrauch anknüpfen. Hier bedeutet das Wort „Verwirkung“ allgemein den Verlust einer Rechtsstellung¹, wobei in erster Linie der Verlust ideeller Güter bezeichnet werden soll: Der Verbrecher, über den das Todesurteil gesprochen ist, hat sein Leben „verwirkt“. Folge des Strafurteils können auch die „Verwirkung“ von Freiheit und Ehre sein. Daneben wird aber auch das Strafübel selbst, das dem Betroffenen als Sühne auferlegt wird, mit dem Begriff „Verwirkung“ erfaßt: Wer Unrecht getan hat, hat eine bestimmte Strafe „verwirkt“. Dieser Sprachgebrauch ist nicht auf die Kriminalstrafe beschränkt. So sprechen wir auch im Bereich des Geschäftslebens von der Vertrags„strafe“, die der vertragswidrig handelnde Schuldner „verwirkt“ hat². Somit stellt sich der Begriff „Verwirkung“ schon nach allgemeinem Sprachgebrauch als Folge kriminellen Unrechts oder sonstigen rechtlich mißbilligten Verhaltens dar. Allerdings muß offen bleiben, inwieweit der allgemeine Sprachgebrauch durch die Rechtssprache beeinflusst worden ist, da schon der volkstümliche Sachsenspiegel den Ausdruck „Verwirkung“ in dem erwähnten Sinne mehrfach gebraucht³.

Im geltenden Recht tritt der Verwirkungsgedanke vielfach in Erscheinung. In terminologischer Hinsicht bedient sich das Gesetz jedoch nur zu einem Teil des Ausdrucks „Verwirkung“. Der Rechtsverlust ist Folge schuldhaft begangenen Unrechts oder einer sonst mißbilligten Handlung⁴. Der Verlust eines Rechtsguts ist überwiegend dann vorgesehen, wenn der Betroffene kriminelles Unrecht begangen hat. Der jeweilige gesetzliche Verwirkungstatbestand lehnt sich in diesen Fällen regelmäßig an ein rechtskräftiges Strafurteil an. Nach der formalen Entstehung kann unterschieden werden zwischen sogenannten „Verwir-

¹ Vgl. die etymologischen Nachweise bei Rösener S. 2 Anm. 1.

² Vgl. §§ 339, 360 BGB. Auch hier steht die Vorstellung eines Rechtsverlusts im Vordergrund und nicht, wie z. B. Krause S. 166 und Tschischgale S. 5 meinen, die Bedeutung der Fälligkeit der Vertragsstrafe.

³ Vgl. I 51 § 3; II 26 § 2; III 44 § 3; 45 § 9, 46 § 1; zit. nach der Ausgabe von Weiske, Der Sachsenspiegel, 1. Aufl., Leipzig 1929.

⁴ Vgl. dazu näher unten S. 18 ff.

kungsstrafen“, über die der Strafrichter im Urteilstenor entscheidet, und zwischen der „Rechtsverwirkung“, die des richterlichen Ausspruchs nicht bedarf⁵. Übrigens spricht auch § 3 Abs. II der Gnadenordnung vom 6. Februar 1935 von „Nebenstrafen“ und „Nebenfolgen, die im Strafurteil ausgesprochen sind oder sich aus ihm kraft gesetzlicher Vorschrift ergeben“.

Sogenannte Verwirkungsstrafen⁶, die das Strafurteil im einzelnen benennt, sind z. B. der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (§ 32 StGB), die befristete Amtsunfähigkeit anstelle von Ehrverlust (§ 35 StGB) und die Einziehung der *producta et instrumenta sceleris* (§§ 40, 86, 295 StGB)⁷. Eine Rechtsverwirkung *ipso iure* bestimmen verschiedene Vorschriften, die bis in das Gebiet des bürgerlichen Rechts und des Verwaltungsrechts hineinreichen. Eines besonderen richterlichen oder behördlichen Verwirkungsausspruchs bedarf es in diesen Fällen nicht: „Von Rechts wegen“ (§ 31 StGB) führt die Verurteilung zu einem Rechtsverlust. Von einer reinen Rechtsverwirkung kann jedoch insofern nicht die Rede sein, als auch in diesem Fall der Rechtsverlust seinen Ursprung nicht unmittelbar in der kriminellen Verfehlung findet, sondern zunächst ein allgemeines strafrechtliches Verdikt verlangt: Die Verurteilung zu einer Zuchthausstrafe hat die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zur Folge (§ 31 StGB). Ein Elternteil verwirkt gemäß § 1676 BGB die elterliche Gewalt, wenn er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu einer bestimmten Strafe verurteilt wird. Dieser Rechtsnachteil tritt ebenfalls mit der Rechtskraft des Strafurteils ein⁸.

Im Gegensatz zu den vorstehend aufgeführten gesetzlichen Bestimmungen, die unmittelbar zu einem Rechtsverlust führen, wird diese Wirkung in anderen Fällen erst durch besonderen von der strafrechtlichen Verurteilung unabhängigen behördlichen oder korporativen Akt herbeigeführt: Personen, die durch rechtskräftiges Urteil zu einer Zuchthausstrafe verurteilt, die unter Polizeiaufsicht gestellt oder denen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, kann durch die Jagdbehörde der Jagdschein versagt werden (§ 17 Abs. II Ziff. 3 BJJG). Durch Beschluß des satzungsmäßigen Organs der Genos-

⁵ Vgl. zu dieser Unterscheidung Jagusch LK Bem. A IV 2 d vor § 13, der sich hier Nagler in der 6. Aufl. anschließt.

⁶ Vgl. § 407 Abs. II StPO: „verwirkte Einziehung“.

⁷ Vgl. ferner §§ 42 I (Untersagung der Berufsausübung), 42 m (Entziehung der Fahrerlaubnis), 108 b, 335 (Verfallserklärung), 128 II, 358 StGB (befristete Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter). Hierher sind ferner die Einziehungsstrafen des Steuerstrafrechts zu rechnen (vgl. §§ 401, 414 ff. RAO, § 123 Branntweinmonopolgesetz, § 80 TabakStG, § 18 II BierStG). Vgl. schließlich noch §§ 17 ff., 26 OWG.

⁸ Vgl. ferner §§ 48 BBG (59 LBG NRW), 197 I KO, 81 I HGB, 106, 126 GewO, 17 HandWO.

senschaft kann der Genosse wegen Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte ausgeschlossen werden (§ 68 GenG). Als Folge der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte sehen die Standesordnungen der Heilberufe die Versagung oder nachträgliche Entziehung der Approbation als Arzt oder Apotheker vor⁹.

Die Verwirkung infolge kriminellen Verhaltens setzt nicht immer ein rechtskräftiges Strafurteil voraus. Trotzdem wird meistens auch hier nicht auf den richterlichen oder behördlichen Verwirkungsausspruch verzichtet. Eine hervorragende Stellung unter den Verwirkungsbestimmungen nimmt Art. 18 BGG ein. Wer die dort aufgeführten Grundrechte zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Der Ausspruch der Verwirkung und ihres Ausmaßes durch das Bundesverfassungsgericht (Art. 18 Abs. II BGG i. m. §§ 36 ff. 13 Nr. 1 BVerfGG) hat rechtsbegründende, nicht rechtsfeststellende Bedeutung¹⁰. Besonders häufig finden sich derartige Verwirkungstatbestände im Verwaltungsrecht. Wegen schwerwiegender strafrechtlicher oder sittlicher Verfehlungen kann die Approbation als Arzt oder Apotheker versagt¹¹ oder nachträglich entzogen¹² werden, wenn nach der Art der Verfehlung die für den Verwirkungsausspruch zuständige Verwaltungsbehörde auf mangelnde Zuverlässigkeit schließen muß. Auch die Anwartschaft auf Erteilung einer gewerberechtlichen Genehmigung oder einer polizeilichen Erlaubnis kann wegen Unzuverlässigkeit verwirkt werden¹³. Wegen Unzuverlässigkeit können die Erlaubnisse und Genehmigungen auch nachträglich entzogen werden¹⁴.

Nur ausnahmsweise tritt der Rechtsverlust ohne besonderen Ausspruch ipso iure ein. Der Finder, der die Anzeigepflicht verletzt oder den Fund auf Nachfrage verheimlicht, verwirkt den Anspruch auf Finderlohn (§ 971 Abs. II BGB)¹⁵. Sagt der Beamte sich unter besonders schwerwiegenden Umständen von dem ihn bindenden öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis los, tritt kraft Gesetzes der Verlust der Beamteneigenschaft ein (vgl. §§ 29 BBG, 43 LBG NRW).

⁹ Vgl. §§ 3 Abs. I Ziff. 1, 5 Abs. I Ziff. 2 RÄrzteO; §§ 3 Abs. II Ziff. 1, 5 Abs. I Ziff. 2 RTierärzteO; §§ 6 Abs. I Ziff. 1, 8 Abs. I Ziff. 2 Apotheker-BestallungsO.

¹⁰ Vgl. v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., 1957, Art. 18 Anm. IV 2 c.

¹¹ § 3 Abs. I Ziff. 2 RÄrzteO; § 3 Abs. II Ziff. 2 RTierärzteO; § 6 Abs. I Ziff. 2 Apotheker-BestallungsO.

¹² § 5 Abs. I Ziff. 3 RÄrzteO; § 5 Abs. I Ziff. 3 RTierärzteO; § 8 Abs. I Ziff. 2 Apotheker-BestallungsO.

¹³ Vgl. z. B. §§ 2 Abs. I Nr. 1 u. 2 GastG, 34 Abs. I S. 2, 34 a Abs. II, 35 Abs. I, 57, 57 b GewO; 17 Abs. I Ziff. 5, Abs. II Ziff. 2 BJG; 9 PBG.

¹⁴ Vgl. §§ 12 Abs. II S. 1 GastG; 34 Abs. I S. 2, 53 Abs. II, 58 GewO; 18 BJG; 4 StVG; usw.

¹⁵ Vgl. auch die bei Böhmer II 2, S. 104 aus dem Bereich des Bürgerl. Rechts zit. übrigen gesetzlichen Bestimmungen.

II. Die „Verwirkung“ infolge ungenutzten Zeitablaufs

Hierher zählen diejenigen Rechtsinstitute, bei denen allein der ungenutzte Zeitablauf zu einer Schwächung oder sogar zu einem Verlust des Rechts führt: Verjährung und gesetzliche Befristung¹⁶. Es mag zwar zunächst befremden, auch die Verjährung und die vielfachen gesetzlichen Ausschußfristen mit dem Ausdruck „Verwirkung“ zu belegen; unüblich ist dieser Sprachgebrauch aber keineswegs¹⁷. Verjährung und Ausschußfrist sind einander darin verwandt, daß dem Zeitablauf rechtsmindernde Bedeutung dann beigelegt wird, wenn der Berechtigte von seinen Rechten keinen Gebrauch macht. Über das gemeinsame Bindeglied des Zeitablaufs hinaus sind beide Rechtsinstitute jedoch verschieden, so daß Grundsätze gemeinsamer Art nicht erarbeitet werden können. Das BGB hält im übrigen Verjährung und Ausschußfristen auch terminologisch klar getrennt¹⁸. Während der Verjährung der Gedanke zugrundeliegt, daß ein durch längere Zeit fortdauernder Zustand im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens schutzwürdig ist — das öffentliche Interesse wird deutlich in § 225 S. 1 BGB, wonach die Verjährung durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden kann —, dienen die einzelnen Ausschußfristen vielfachen Zwecken¹⁹. Dementsprechend gelten auch die Vorschriften über die Verjährung, insbesondere die Bestimmungen über ihre Hemmung und Unterbrechung, nicht für die Ausschußfristen²⁰.

Eine weitere Unterscheidung ergibt sich aus dem Anwendungsbereich beider Rechtsinstitute: Die Verjährung betrifft ausschließlich Ansprüche (§ 194 Abs. I BGB). Ausschußfristen finden sich dagegen überwiegend bei Gestaltungsrechten, z. B. bei den Anfechtungsrechten (§§ 121, 124 BGB) oder bei den Widerrufsrechten (vgl. z. B. § 532 BGB). Nur ausnahmsweise gelten Ausschußfristen auch für Ansprüche (vgl. z. B. §§ 382, 561 Abs. II S. 2, 801 Abs. I S. 1 BGB). Auch in ihrer Wirkung sind Verjährung und Ausschußfrist verschieden. Die Verjährung stellt im Gegensatz zur Ausschußfrist keinen Rechtsendigungsgrund dar, sondern gewährt dem Verpflichteten lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht

¹⁶ Sachlich gehören zwar auch die Ersitzung (§ 937 BGB) und die für das öffentliche Recht, namentlich für das Wegerecht, bedeutsame Rechtsvermutung der sog. unvordenklichen Verjährung hierher, da auch sie die Rechtsstellung desjenigen, demgegenüber sie geltend gemacht werden, beeinträchtigen. Der Sprachgebrauch betrachtet diese Tatbestände aber nicht von der Seite des verlierenden, sondern des erwerbenden Teils.

¹⁷ Verjährung: RGZ Bd. 128 S. 197.

Befristung: Bayr. VGH v. 16. 5. 1949 in AS Bd. 2 S. 44.

¹⁸ Vgl. die Motive zu dem Entwurfe eines BGB f. d. Deutsche Reich, Bd. I, Allg. Teil, Berlin u. Leipzig 1888, S. 29.

¹⁹ Vgl. dazu RGZ Bd. 158, S. 140; Staudinger-Coing, Vorb. 3 vor § 194 BGB; vgl. auch BGH MDR 1959 S. 102.

²⁰ Soergel-Siebert Vorb. 3 b vor § 194 BGB.

(§§ 222 Abs. I BGB)²¹. Die Ausschußfrist ist von Amts wegen zu berücksichtigen, die Verjährung muß einredeweise geltend gemacht werden.

Der vom Berechtigten ungenutzte Zeitablauf ist somit das wesentliche gemeinsame Merkmal von Verjährung und Ausschußfrist. Die Spanne der Zeit ist den Bedürfnissen der einzelnen Rechtsverhältnisse entsprechend kürzer oder länger bemessen, ohne daß aus der Länge der einzelnen Fristen allgemeine Folgerungen gezogen werden könnten²².

III. Die „Verwirkung“ infolge treuwidriger Verspätung

Zu der dritten Gruppe, die der Sprachgebrauch unter dem Ausdruck „Verwirkung“ kennt, gehören die Fälle „illoyalen, gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens“, wie sie anfangs von der Rechtsprechung bezeichnet wurden²³. Niemand dürfe mit der Verfolgung seiner Rechte solange zu warten, daß darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben, also ein illoyales Verhalten²⁴ zu finden sei. Erst allmählich bürgerte sich die Bezeichnung „Verwirkung“ ein²⁵, die in der Folgezeit von der Rechtsprechung dahin erläutert wurde, daß der Kläger mit der Geltendmachung seines Rechts zu lange gewartet habe und es gegen Treu und Glauben verstoße, wenn er im jetzigen Zeitpunkt sein Recht geltend mache. Es kann nicht überraschen, wenn die Rechtsprechung diese ersten Schritte auf dem Gebiet des Handelsrechts tat, da besonders die Handelsgeschäfte nach schneller Abwicklung verlangen. Von dieser Art „Verwirkung“ kann zunächst nur soviel gesagt werden, daß sie weder im einzelnen gesetzlich normiert, noch wie Verjährung und Befristung allein vom reinen Zeitablauf abhängt²⁶. Naturgemäß ist auch die Länge der Frist nicht festgelegt. Das alles eröffnete der Rechtsprechung einen besonders weiten Spielraum.

§ 2. Die Verwirkung als Folge des Verstoßes gegen Treu und Glauben

I. Die historische Entwicklung des Verwirkungsbegriffs durch die Rechtsprechung

Anfänge einer Verwirkungsrechtsprechung finden sich bereits in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts. So hat das Reichsoberhandelsgericht in der schon erwähnten Entscheidung Bd. 23 S. 83 ff. aus-

²¹ Ausnahmen bilden §§ 901, 1028 BGB.

²² So kennt z. B. das BGB Verjährungsfristen von 6 Monaten (§ 638) bis zu 30 Jahren (§ 195) und Ausschußfristen von 2 Tagen (§ 485) bis zu 30 Jahren (§ 503).

²³ So zuerst ROHG Bd. 20 S. 336 ff.; dann RGZ Bd. 32 S. 61, Bd. 60 S. 348.

²⁴ Der Ausdruck stammt von Staub, Komm. z. ADHGB, 1. Aufl. (1893), § 31 zu Art. 354.

²⁵ So schon ROHG Bd. 23 S. 83 ff.; dann RGZ Bd. 36 S. 87; Bd. 88 S. 264, Bd. 107 S. 108.

²⁶ Vgl. näher unten S. 29 f.

gesprochen, daß die Ausübung des Selbsthilfeverkaufs zwar im allgemeinen an eine bestimmte Zeitgrenze nicht gebunden sei, daß der Käufer aber andererseits ein arglistiges, oder, wie Staub²⁷ sich ausdrücke, ein „illoyales“ Hinausschieben des Verkaufs nicht gegen sich gelten zu lassen brauche.

Das Reichsgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 8. November 1893²⁸ dieser Auffassung angeschlossen und in der Folgezeit den Rechtsgedanken der Verwirkung auch auf andere Tatbestände ausgedehnt. Nach Eintritt des Verzuges des Käufers dürfe der Verkäufer mit der Abgabe seiner nach § 326 Abs. I BGB vorgesehenen Erklärung nicht solange zuwarten, daß darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erblicken sei²⁹. In verschiedenen aus der Kriegszeit stammenden und mit den Kriegsverhältnissen in Zusammenhang stehenden Urteilen wird entschieden, daß der Verkäufer bzw. Käufer die ihm vertragsgemäß zustehenden Rechte auf Aufhebung bzw. Erfüllung des Kaufvertrages nicht mehr geltend machen könne, wenn er in einer mit den Anforderungen von Treu und Glauben unvereinbaren Weise den Vertragspartner längere Zeit hindurch darüber im ungewissen gelassen habe, ob er auf seinen Rechten noch bestehen wolle³⁰.

In der Zeit des Währungsverfalls führt die Entscheidung des Reichsgerichts im 107. Bande S. 108. Hier forderte ein Unternehmer von dem Besteller eines Werks nach mehr als zweimonatigem Zögern wegen Steigerung der Herstellungskosten einen fast verdoppelten Preis. Ein derartiges Verhalten lasse sich nur mit triftigen Gründen rechtfertigen. Könne der Unternehmer dafür nichts vortragen, so sei sein Recht auf Erhöhung des vertraglich vereinbarten Preises verwirkt.

Den entscheidenden Anstoß erhielt der Verwirkungsgedanke durch die Aufwertungsrechtsprechung. Seitdem das Reichsgericht in seiner bekannten Entscheidung vom 28. November 1923 den Grundsatz „Mark gleich Mark“ verlassen hatte, um den unerträglich gewordenen Unbilligkeiten des Währungsverfalls zu entgehen³¹, ergab sich andererseits die Notwendigkeit, dem ungezügelten Aufwertungsbegehren Schranken zu ziehen. Da bereits abgewickelte Geschäfte wieder aufgerollt werden sollten, wußte zunächst die Frage beantwortet werden, bis zu welchem Stichtag ein Aufwertungsanspruch überhaupt zugelassen werden durfte. Das Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 — RGBl. I S. 117 — bot hierfür keinen Anhaltspunkt³². Während § 16 des Aufwertungsgesetzes für die

²⁷ Vgl. Anm. 24.

²⁸ Bd. 32 S. 61 ff.; sodann Bd. 36 S. 83 ff.

²⁹ RGZ Bd. 60 S. 348.

³⁰ Vgl. RGZ Bd. 88 S. 264; Bd. 91 S. 109 u. S. 347; Bd. 95 S. 259; wohl auch Bd. 95 S. 310; Bd. 100 S. 261.

³¹ RGZ Bd. 107 S. 78; vgl. den Weg der Rechtsprechung bei Justus Wilh. Hedemann, Reichsgericht u. Wirtschaftsrecht, Jena 1929, S. 270 ff.

³² Vgl. hierzu die bei Pawelek S. 3 zit. Judikatur.

Hypothekenaufwertung eine Ausschußfrist vorsah, fehlte diese für die sogenannte freie Aufwertung, die einen billigen Ausgleich für denjenigen schaffen sollte, der für gute Sachen und Geldwerte entwertete Papiermark erhalten hatte.

Sodann mußte außer dem zurückliegenden Termin der Zulassung dem Zeitpunkt der Geltendmachung des Aufwertungsanspruchs eine zeitliche Grenze gesetzt werden. Diese konnte mangels besonderer gesetzlicher Bestimmungen nur in der „Verwirkung“ gefunden werden, denn hier, wie auch auf anderen Rechtsgebieten, reichten die relativ langen Verjährungsfristen offensichtlich nicht aus, um der rechtsmindernden Wirkung des Zeitablaufs angemessenen Ausdruck zu geben. Wenn von der Aufwertung gesagt werden kann, daß sie eine Schöpfung der Rechtsprechung ist, so gilt dies im besonderen Maße von der Anwendung des Verwirkungsgedankens in ihrem Bereich. Hier bietet die Rechtsprechung ein besonders vielfältiges Bild, zugleich bereitet sie sich auch zahlenmäßig in einer Fülle von Entscheidungen aus³³. Der Gläubiger, der längere Zeit nach Erlangung sicherer Kenntnis davon, daß er Aufwertung einer Schuld zu fordern berechtigt sei, sich schweigend und untätig verhalte, sollte nach dem Grundsatz des § 242 BGB seinen Anspruch verwirken.

Die besondere Aufmerksamkeit, die die Rechtsprechung dem Verwirkungsgedanken im Bereich der Aufwertung schenkte, war darauf zurückzuführen, daß sie die Aufwertung zeitweilig als einen außerordentlichen Rechtsbehelf betrachtete³⁴. Wenn auf Grund außergewöhnlicher Verhältnisse einem Beteiligten ein außergewöhnlicher Rechtsbehelf gewährt sei, sei es seine Pflicht, den Gegner alsbald von dem beabsichtigten Gebrauch dieses Rechtsbehelfs zu verständigen, damit dieser sich nicht auf den Nichtgebrauch des Rechtsbehelfs einrichte und hinterher in seinen geschäftlichen Berechnungen und Maßnahmen empfindlich gestört werde³⁵. Während diese Rechtsprechung von der Literatur längere Zeit, besonders unter Hinweis auf das Rechtsinstitut der Verjährung³⁶ als ungesetzlich stark bekämpft wurde, wurden diese Bedenken später immer mehr zurückgestellt³⁷, zumal der Rechtsgedanke der Verwirkung nicht auf das Gebiet der sogenannten freien Aufwertung beschränkt blieb, sondern schnell in die Bereiche des gewerblichen Rechtsschutzes und des Arbeitsrechts vordrang.

³³ Zuerst RGZ Bd. 110 S. 133. Vgl. auch die Zusammenstellung der Rechtsprechung bei Mügel JW 1930 S. 1042 ff., der schon von über 120 Entscheidungen spricht.

³⁴ Vgl. Mügel a. a. O.

³⁵ RGZ Bd. 117 S. 358 mit Nachw.

³⁶ So besonders Sontag JR 1928 S. 81 f. u. 123 f.; DJZ 1928 S. 868 f. Vgl. auch die bei Tschischgale S. 14 Anm. 2 umfassend zusammengestellte Literatur.

³⁷ Vgl. schon Mügel JW 1930 S. 1042 ff. (grundlegend), 1932 S. 592 ff.; Siebert DJZ 1928 S. 1542 ff.

Besonders im Warenzeichenrecht³⁸ wurden Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des Berechtigten zurückgewiesen, wenn er mit der Rechtsverfolgung solange gezögert hatte, daß der Verletzer inzwischen erhebliche Aufwendungen zur Durchsetzung des Warenzeichens gemacht hatte. Der auch das Wettbewerbsrecht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben stehe der Rechtsverfolgung entgegen, wenn der Verletzer seinen inzwischen mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand als einen vom Berechtigten geduldeten und erlaubten ansehen dürfe³⁹.

Im Arbeitsrecht wurde hauptsächlich die Frage erörtert, wann der Lohnanspruch des Arbeitnehmers verwirkt war. Der Arbeitnehmer, der längere Zeit hindurch widerspruchslos einen untertariflichen Lohn angenommen hatte, sollte sich auf den Tariflohn dann nicht mehr berufen dürfen, wenn die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstieß⁴⁰.

Schließlich fand die Verwirkung auf allen Gebieten des Privatrechts immer mehr Anerkennung. Diese Entwicklungslinie wurde lediglich durch die viel umstrittene Entscheidung des Reichsgerichts (VII. Zivilsenat) vom 17. April 1934⁴¹ durchbrochen, in der ausgeführt wird, daß die Verwirkungsgrundsätze, die sich in Zeiten wirtschaftlicher Unsicherheit auf dem Gebiete des Aufwertungs-, Wettbewerbs- und Arbeitsrechts gebildet hätten, nicht über diese Sondergebiete hinaus angewandt werden könnten. Diese Haltung, die in Rechtsprechung und Schrifttum fast einhellige Ablehnung fand⁴², wurde von dem VII. Zivilsenat bald wieder aufgegeben⁴³ und von der Rechtsprechung des Reichsgerichts bis zuletzt nicht wieder aufgenommen⁴⁴. Seitdem gehört die Verwirkung zu den im materiellen Recht von Theorie und Praxis allgemein anerkannten Rechtsgedanken⁴⁵. Nach 1945 knüpfte die Rechtsprechung an die zur Verwirkung erarbeiteten Grundsätze wieder an⁴⁶. Auch heute hat der Ver-

³⁸ Vgl. RGZ Bd. 111 S. 192 („Goldina“), Bd. 114 S. 360 („Vox“), Bd. 134 S. 38 („Hunyadi-Janos“) und die bei Reimer S. 886 zit. RG-Rspr.

³⁹ RGZ Bd. 134 S. 41.

⁴⁰ Vgl. RAG Bd. 6 S. 275 u. 288, Bd. 10 S. 145 und die bei Nikisch S. 320 zit. Entscheidungen d. RAG.

⁴¹ RGZ Bd. 144 S. 22.

⁴² Vgl. Siebert JW 1937 S. 612 und die dort angeführten Nachweise, sowie die eingehende Zusammenstellung von Rechtsprechung und Schrifttum zu dieser Frage im Ur. d. KG v. 4. 11. 1936 in JW 1937 S. 320.

⁴³ RGZ Bd. 155 S. 152.

⁴⁴ RGZ Bd. 158 S. 237; Bd. 159 S. 104; Bd. 171 S. 59.

⁴⁵ Vgl. die bei Böhmer II 2 S. 100 ff. nach Sachgebieten geordnete Literatur und Judikatur zur Verwirkung.

⁴⁶ Vgl. die Ur. d. OGH v. 2. 12. 1948 — NJW 1949 S. 182 — u. d. OLG Stuttgart v. 16. 3. 1949 — NJW 1949 S. 507.

wirkungsgedanke von seiner überragenden Bedeutung, die er sich in der aufgezeigten geschichtlichen Entwicklung stetig erobert hat, nichts verloren⁴⁷.

II. Die drei Entwicklungsstufen der Verwirkungsrechtsprechung

Seitdem das Reichsgericht⁴⁸ die Möglichkeit der Verwirkung von Aufwertungsansprüchen anerkannt hat, sind zu dieser Frage eine Vielzahl von Entscheidungen ergangen. Wenn man einzelne Urteile herausgreift und aus den Entscheidungsgründen, in denen die besonderen zu einer Verwirkung führenden Umstände hervorgehoben werden, allgemein geltende Leitsätze ableiten will, so erscheint dieses Bemühen bei dem verwirrenden Bild, das die Rechtsprechung der einzelnen Senate hier bietet, aussichtslos. Die wirklichen oder auch nur vermeintlichen Widersprüche erklären sich daraus, daß der Begriff der Verwirkung von den einzelnen Senaten unterschiedlich aufgefaßt wurde, zum anderen Teil sind sie auf die Verschiedenartigkeit der aufzuwertenden Ansprüche, also auf das Objekt der Beurteilung, zurückzuführen.

Überschaut man indessen die Rechtsprechung des Reichsgerichts im Zusammenhang, nachdem bereits Jahrzehnte klärend vergangen sind und diese Rechtsprechung auch auf anderen Rechtsgebieten ihre Bestätigung gefunden hat, so ergibt sich, daß es an der Aufstellung gemeinsamer Richtlinien keineswegs fehlt. Allerdings müssen aus der Gesamtheit der Urteile die leitenden Gesichtspunkte in ihrer stufenweisen Entwicklung herausgestellt werden. Erschwert wird diese Aufgabe, weil die Entwicklung nicht in zeitlich geordneter Reihenfolge stattgefunden hat, sondern Spuren der einen oder anderen Auffassung bald früher, bald später sichtbar werden. Erleichtert wird diese Aufgabe dadurch, daß die jetzt gültige Erfassung der Verwirkung alle Merkmale ihrer früheren Entwicklungsstufen in sich aufgenommen hat, und zwar so, daß das Element der vorhergehenden Stufe in der folgenden Stufe verarbeitet wird⁴⁹.

Damit das Bild nicht unübersichtlich wird, sollen nicht die feinen Nuancierungen hervorgehoben, sondern lediglich die Elemente der stufenweisen Entwicklung festgestellt werden. Entsprechend der Aufgabe dieser Arbeit kann auch nicht auf Fragen des Aufwertungsrechts eingegangen werden, die einer Verallgemeinerung unzugänglich sind. Aus dem gleichen Grunde verbietet sich eine nähere Behandlung des Wettbewerbs-

⁴⁷ Vgl. aus der Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte: Urteil des BGH vom 19. 5. 1958 — NJW 1958 S. 1188 —; Urteil des BVerwG vom 9. 5. 1958 — DVBl 1958 S. 619 —; Urteil des BAG vom 26. 6. 1958 — NJW 1958 S. 1988 —; Urteil des BFH v. 11. 6. 1958 — BStBl 1958 III S. 352 —; Urteil des BSG vom 20. 5. 1958 — NJW 1958 S. 1607.

⁴⁸ Zuerst das Urteil des VI. Zivilsenates vom 27. 1. 1925 — RGZ Bd. 110 S. 127 ff.

⁴⁹ Vgl. unten S. 36.

und Arbeitsrechts, wenngleich die hervorragende Bedeutung dieser Rechtsgebiete für die Entwicklung des Verwirkungsgedankens nicht verkannt werden soll.

1. Die Erkenntnis, daß alle subjektiven Rechte durch den Zeitablauf ihre ursprüngliche Kraft und Klarheit immer mehr verlieren und schließlich sogar in ihrem Bestand gefährdet sind, hat die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Aufwertungsrechts dazu geführt, Verwirkung anfänglich schon auf Grund eines bestimmten reinen Zeitablaufs anzunehmen⁵⁰ und von der „Verwirkung, d. h. dem Verlust eines an sich entstandenen Rechtes durch Zeitablauf zu sprechen⁵¹“. In den Entscheidungen ist häufig in verwirrender Weise ohne scharfe Abgrenzung von der Verwirkung vom „Verzicht“ die Rede⁵², offenbar, weil man sich scheute, neben Verjährung und Befristung ein neu geschaffenes Rechtsinstitut zu stellen. Die formale Begründung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß es allein auf den Zeitabschnitt ankam. Der Berechtigte konnte daher, ähnlich wie dies bei den Verjährungs- und Ausschlußfristen möglich ist, trotz Unkenntnis seines Rechts dieses verwirken⁵³.

2. Eine besondere Schwierigkeit ergab sich für die Rechtsprechung daraus, daß nicht feststand, von wann ab man überhaupt von einer Verwirkung reden konnte. Da der zeitliche Maßstab also höchst unsicher war, fügten die meisten Urteile, die zu einer Verwirkung des Aufwertungsanspruchs gelangten, noch ein „verzichtähnliches subjektives Merkmal, die Kenntnis der Aufwertungsmöglichkeit⁵⁴“ hinzu. So verneint ein Urteil des II. Zivilsenates vom 3. Juni 1927⁵⁵ deswegen eine Verwirkung des Aufwertungsanspruchs, weil der Kläger nicht an seinen Aufwertungsanspruch geglaubt habe und auch sonst nichts zu der Annahme berechtigte, dieser Glaube sei bei ihm vorhanden gewesen. Bemerkenswert ist auch ein Urteil des VII. Zivilsenates vom 23. September 1927⁵⁶, in dem ausgesprochen wird, daß der Zeitablauf für sich allein nicht genügen könne, um die Verwirkung herbeizuführen. Das Urteil verweist auf die erste in die amtliche Sammlung aufgenommene Verwirkungsentscheidung, ein Urteil des VI. Zivilsenates vom 27. Januar 1925⁵⁷, wonach die längere Untätigkeit des Gläubigers nur dann zu einer Verwirkung seines Anspruchs führen könne, wenn sie „nach erlangter sicherer Kenntnis von seinem Aufwertungsanspruch“ stattgefunden habe. Diese sichere Kennt-

⁵⁰ Wie RGZ Bd. 118 S. 377 hervorhebt; vgl. im übrigen die bei Pawelek S. 13 f. zit. RG-Entscheidungen.

⁵¹ RGZ Bd. 119 S. 235.

⁵² Vgl. Frankenberger JW 1928 S. 2636, Siebert DJZ 1928 S. 1543 und die dort zit. Rechtsprechung.

⁵³ Vgl. die bei Pawelek S. 13 f. erwähnte Judikatur.

⁵⁴ RGZ Bd. 118 S. 377.

⁵⁵ RGZ Bd. 117 S. 214.

⁵⁶ JW 1927 S. 2915.

⁵⁷ RGZ Bd. 110 S. 133.

nis nimmt das Urteil des VI. Zivilsenates deswegen an, weil die Rechtsprechung des Reichsgerichts bereits im Jahre 1924⁵⁸ die Aufwertung trotz vorbehaltloser Annahme der Leistung zugelassen habe und dieser Rechtsstandpunkt durch die Tagespresse bald allgemein bekannt geworden sei.

3. Mit der Anmerkung Mügels zu dem erwähnten Urteil des VII. Zivilsenats vom 23. September 1927⁵⁶ beginnt die letzte Entwicklungsstufe der Rechtsprechung zum Aufwertungsrecht⁵⁹. In jedem Falle müsse geprüft werden, ob nach Treu und Glauben die rückwirkende Aufwertung als der Billigkeit entsprechend anzusehen sei, wobei alle Umstände des Falles und unter diesen auch die Tatsache, daß die Zahlung weit zurückliege und erst nach längerer Zeit Aufwertung verlangt sei, zu berücksichtigen seien. Zwar könne man, je länger der Zeitraum sei, der zwischen Zahlung und Nachforderung liege, um so eher die nachträgliche Geltendmachung als unzulässig erachten. Aber auch dann betrachte man die Tatsache des Zögerns nur als einen der Umstände, die bei der Entscheidung, ob nach Treu und Glauben die Nachforderung zulässig sei, zu beachten seien. Es komme deshalb nicht entscheidend darauf an, wann der Gläubiger „sichere Kenntnis“ von seinem Anspruch erlangt habe. Auch dann, wenn er nur mit der Möglichkeit des Bestehens seines Anspruchs gerechnet habe, könne die Nachforderung als unzulässig angesehen werden; ja selbst dann, wenn er sich dieser Möglichkeit nicht bewußt gewesen sei, könne das Verstreichen längerer Zeit zwischen Zahlung und Anspruchserhebung dahin führen, daß die Nachforderung im Gegensatz zu den billigerweise zu berücksichtigenden Interessen des Schuldners und den Anforderungen der Rechtssicherheit stehe. Es komme auf die Gesamtheit aller Umstände an, wobei die Eigenart des Rechtsverhältnisses eine besondere Rolle spiele.

Während Mügel in seiner erwähnten Anmerkung sehr deutlich auf den Unterschied der Auffassungen hinwies und bewußten Verzicht bzw. Verwirkung infolge reinen Zeitablaufs in Gegensatz zur Verwirkung infolge Verstoßes gegen Treu und Glauben brachte, die nur nach Berücksichtigung aller Umstände festgestellt werden konnte, tat die Rechtsprechung der Jahre 1927 und 1928 alles, um diese Unterscheidung wieder zu verwischen⁶⁰. So wurden die Begriffe ohne Scheidung nebeneinandergestellt, und nur allmählich vollzog sich ihre angebahnte Klärung⁶¹. Die Verwirkung wegen reinen Zeitablaufs wurde nunmehr abgelehnt. Sie konnte nur wegen eines Zeitablaufs eintreten, dessen Bedeutung neben anderen

⁵⁸ Zuerst RGZ Bd. 109 S. 111.

⁵⁹ Vgl. diese z. B. zit. in RGZ Bd. 118 S. 378 und bei Stoll in der Anm. zu RGJW 1928 S. 488 — RGZ Bd. 119 S. 235.

⁶⁰ Vgl. besonders die Urteile vom 9. 12. 1927 — RGZ Bd. 119 S. 235 — und vom 11. 1. 1928 — RGZ Bd. 118 S. 377.

⁶¹ Vgl. außer der erwähnten Anmerkung Mügels auch die Anmerkung von Stoll zu RGJW 1928 S. 488.

Umständen und zugleich mit diesen sich aus § 242 BGB ergab. Auch das verzichtähnliche Merkmal des bewußten Schweigens und der sicheren Kenntnis von dem betroffenen Recht konnte für sich allein keine Verwirkung herbeiführen. Die subjektive Kenntnis des Gläubigers wurde dadurch objektiviert, daß in ihr keine notwendige Voraussetzung gesehen, sondern ihr lediglich als ein Umstand unter vielen Bedeutung beigemessen wurde. Seit etwa 1931 wird in der Rechtsprechung ständig die Auffassung vertreten, daß schuldhaft verspätete Rechtsausübung nicht erforderlich sei, vielmehr auch bei völlig unverschuldeter Verzögerung Verwirkung eintreten könne⁶². Auch die neuere Rechtsprechung hat den Verwirkungsbegriff immer mehr vom Zeitablauf und der subjektiven Kenntnis des Gläubigers gelöst und dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unterstellt⁶³.

III. Die verschiedenen dogmatischen Lösungsversuche

Auf der Suche nach dem „tragenden Rechtsgedanken“⁶⁴ der Verwirkung war man zunächst bemüht, die Verwirkung bereits bestehenden und in sich geschlossenen Rechtsinstituten unterzuordnen. Die verschiedenen Lösungsversuche sind dadurch gekennzeichnet, daß sie in einer gewissen Einseitigkeit Rechtseinrichtungen heranziehen, die entweder — wie beim Verzicht — ausschließlich subjektive oder — wie bei der Fiktion — ausschließlich objektive Tatbestandsmerkmale aufweisen.

1. Seit Beginn der für die Entwicklung des Verwirkungsgedankens so fruchtbaren Aufwertungsrechtsprechung hat man es unternommen, die Verwirkung als stillschweigenden Verzicht zu erklären, wobei die Rechtsprechung Verzicht und Verwirkung ohne saubere Trennung nebeneinanderstellte⁶⁵. Selbstverständlich kann für den Einzelfall die Möglichkeit eines stillschweigenden Verzichts dann nicht geleugnet werden, wenn die Auslegung einen Verzichtswillen des Berechtigten erkennen läßt und der Verpflichtete diese Erklärung annimmt (§ 397 BGB). Nur dann wird man einen Verzicht wegen Verzögerung der Anspruchsverfolgung bejahen können. Unmöglich ist es jedoch, im Tatbestand des Schweigens regelmäßig einen solchen Verzichtswillen zu erblicken. Zwar gleichen sich stillschweigender Verzicht und Verwirkung darin, daß stillschweigendes Verhalten zum Rechtsverlust führt. Die Verwirkung ist jedoch im Gegensatz zum Verzicht kein Rechtsgeschäft. Dieser Unter-

⁶² Zuerst RGZ Bd. 131 S. 233; vgl. sodann RGZ Bd. 134 S. 41 u. S. 358, Bd. 158 S. 107.

⁶³ Vgl. unten S. 31 f.

⁶⁴ Krause S. 123.

⁶⁵ So schon RGZ Bd. 110 S. 133; vgl. besonders Bd. 118 S. 375, Bd. 119 S. 235.

schied wird offenbar, wenn der Berechtigte von seinem Recht überhaupt keine Kenntnis hat, sei diese auch schuldhaft nicht vorhanden. Hier würde die Annahme eines Verzichts dem Rechtsgefühl widerstreben⁶⁶. Niemand kann auf sein Recht verzichten, wenn er von ihm nichts weiß. Beim Verzicht geht es um eine Frage des Wollens, bei der Verwirkung dagegen handelt es sich um eine Frage des Sollens⁶⁷. Die Verwirkung kann ohne, ja sogar gegen den Willen des Berechtigten eintreten. Ein stillschweigender Verzicht wäre in diesem Falle nur eine unerklärliche Fiktion. Rechtsprechung⁶⁸ und Lehre⁶⁹ haben daher mit Recht eine Begründung des Verwirkungsgedankens durch eine stillschweigende Willenserklärung abgelehnt. Heute besteht Einigkeit darüber, daß die Verwirkung selbständig und unabhängig neben dem stillschweigenden Verzicht steht⁷⁰.

2. Da die Verwirkung, wie bereits dargelegt, schon zu Anfang durch den ungenutzten Zeitablauf gekennzeichnet wurde, lag es nahe, die Verwirkung auch in Beziehung zu rechtlichen Erscheinungen zu setzen, die der Zeit Einfluß auf den Bestand und die Klarheit eines Rechts gewähren. Die Verjährungs- und Ausschlußfristen sind mit der Verwirkung durch das allgemeine Merkmal des ungenutzten Zeitablaufs verbunden⁷¹. Jedoch sind schon die Verjährungs- und Ausschlußfristen im Verhältnis zueinander in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu verschieden⁷², als daß aus ihnen ein neues Rechtsinstitut entstehen könnte, das auch der Verwirkung Platz böte.

Zwar kommt es auch bei der Verjährung auf das Verhalten der Parteien an. Die Verjährung ist gehemmt, solange die Leistung gestundet oder der Verpflichtete aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist (§ 202 Abs. I BGB). Der Berechtigte darf sein Recht nicht innerhalb der gesetzten Frist in bestimmter Form geltend machen (§ 209 BGB), der Verpflichtete darf das Recht nicht innerhalb der Frist in bestimmter Weise anerkennen (§ 208 BGB), wenn die Verjährung nicht unterbrochen werden soll. Ferner kommt es weder bei der Verjährung noch bei der Verwirkung darauf an, ob der

⁶⁶ Vgl. Krause S. 161.

⁶⁷ Siebert S. 187.

⁶⁸ Vgl. vereinzelt RGZ Bd. 116 S. 316, sodann Bd. 134 S. 270, Bd. 138 S. 294.

⁶⁹ Vgl. Siebert S. 4, 27, 186 ff. u. Tschischgale S. 39 Anm. 43 mit Nachw.

⁷⁰ Vgl. z. B. Kleine JZ 1951 S. 9. Mißverständlich deshalb BVerwG NJW 1959 S. 740 (nur Leitsatz).

⁷¹ Bezeichnenderweise wird die Verwirkung auch heute noch, obwohl Klarheit darüber herrscht, daß die Verwirkung nicht allein durch Zeitablauf begründet werden kann, in diesen Zusammenhang gestellt und findet sich außer in den Erörterungen zu § 242 BGB noch in den Vorbemerkungen vor §§ 194 ff. BGB. Vgl. z. B. RGRK 10. Aufl.; Soergel-Siebert 18. Aufl.; Staudinger-Coing 11. Aufl.; Palandt-Danckelmann 18. Aufl.

⁷² Vgl. oben S. 20 f.

Berechtigte von seinem Recht Kenntnis hat oder die Geltendmachung des Rechts schuldlos unterblieben ist.

Die Verwirkung beschränkt sich auch nicht, wie die Verjährung, auf Ansprüche (§ 194 BGB), sondern umfaßt alle subjektiven Rechte, insbesondere Gestaltungsrechte. Die Verjährung ist außerdem durch einen generell bestimmten Fristablauf gekennzeichnet, während der zur Verwirkung führende Zeitablauf nur nach allen besonderen Umständen des Einzelfalles beurteilt werden kann. Ferner ist noch zu berücksichtigen, daß bei dieser Prüfung auch subjektive Momente, wie schuldhaftes Unkenntnis und Nichtgeltendmachung des Rechts eine Rolle spielen können, die mit der ausschließlich nach objektiven Gesichtspunkten bestimmten Verjährung nicht zu vereinbaren sind.

Die gleiche starre und etwas vergrößernde Fristenregelung findet sich bei den Ausschlußfristen. Da auf diese Weise die jeweils besonderen Einzelumstände nicht berücksichtigt werden können, bestehen hier die gleichen Bedenken etwa gegen die Annahme, die Verwirkung sei „eine von aller Starrheit befreite Ausschlußfrist“⁷³. Mit dieser Formulierung ist auch nichts gewonnen. Sie macht vielmehr den wesensmäßigen Unterschied zwischen Ausschlußfrist und Verwirkung nur noch deutlicher. Dem Zeitablauf bei der Verwirkung kommt zwar eine wichtige, aber keine ausschließliche Bedeutung zu.

3. Auf den Zeitablauf und die besondere Veranlassung des Rechtsinhabers zum Handeln stellt die Auffassung ab, die den altdeutschen Rechtsgedanken der Verschweigung zur Lösung des Verwirkungsproblems heranziehen will. „Wer Jahr und Tag schweiget, der schweige fürbas ewigk.“ Auf dieses Wort aus dem Codex Diplomaticus Silesiae von 1436⁷⁴ beruft sich Endemann in seiner Abhandlung „Die Verschweigung des Aufwertungsanspruchs“⁷⁵. Auch Krause sieht in seiner Schrift „Schweigen im Rechtsverkehr“ die deutschrechtliche Verschweigung als Wurzel der Verwirkung an⁷⁶. Er weist darauf hin, daß man sich nur dann verschwiege, wenn durch Aufgebot oder ihm gleichstehende offensichtliche Tatbestände eine besondere Veranlassung zum Handeln geboten war und der Berechtigte trotzdem nicht handelte. Dieser Gedanke sei es, der heute in der Verwirkung wieder zum Durchbruch gelange.

Endemann⁷⁷ hatte seine Ansicht damit zu begründen versucht, daß die Verschweigung auch im geltenden Recht in einigen Bestimmungen enthalten sei. Diese Behauptung konnte einer näheren Überprüfung jedoch nicht standhalten. Wie Tschischgale⁷⁸ überzeugend nachgewiesen hat,

⁷³ So Heinemann LZ 1928 S. 935 ff. u. die bei Siebert S. 5 zit. Autoren.
⁷⁴ 4, 54 Nr. 97.

⁷⁵ DJZ 1928 S. 692 ff. (694); vgl. auch den Art. „Verwirkung und Verschweigung“ im HdR Bd. VI S. 634 f.

⁷⁶ Vgl. besonders S. 123 f., 176 ff.

⁷⁷ HdR Bd. VI S. 634 f.

⁷⁸ aaO. S. 44 ff.

handelt es sich bei den fraglichen gesetzlichen Bestimmungen entweder um eine Ausschußfrist (§§ 28 Abs. III, 10 Nr. 1 PatG) oder um eine Regelung nicht rein deutschrechtlichen Ursprungs (§§ 1974, 1973 BGB) oder nicht einmal um eine Rechtseinbuße (§§ 37 Nr. 4, 110 ZVG⁷⁹). Schließlich ist die Verschweigung unserem Rechtssystem fremd geworden, da seit der Rezeption des Römischen Rechts die Verjährung an die Stelle der deutschen Verschweigung gesetzt worden ist⁸⁰. Die wenigen noch gesetzlich geregelten Aufgebotsfälle (z. B. § 31 d. Preuß. Bergges. v. 26. Juni 1865) sind als seltene Ausnahmenvorschriften einer ausdehnenden Anwendung nicht zugänglich.

4. Die Verwirkung kann auch nicht durch die objektive Rechtseinrichtung der Fiktion erklärt werden. Das Schweigen des Berechtigten kann für sich allein keinen typischen Erklärungstatbestand mit feststehender Rechtsfolge abgeben, wie dies unter eng normierten Voraussetzungen etwa beim Schweigen auf kaufmännische Bestätigungsschreiben möglich ist. Bei der Verwirkung liegen die gleichartigen Voraussetzungen lediglich im Zeitablauf und im Schweigen des Berechtigten, während die übrigen vielfältigen Umstände schon im Verhältnis zueinander verschiedenartig und außerdem von Fall zu Fall voneinander abweichend sind⁸¹.

5. Heute müssen die Erklärungsversuche, die Verwirkung bereits bestehenden Rechtsinstituten unterzuordnen, als gescheitert angesehen werden. Es besteht allgemein Einigkeit darüber, daß die Verwirkung ihrer Rechtssystematik nach auf § 242 BGB aufbauen muß. Die Verwirkung kann nur als Unterfall einer gegen Treu und Glauben verstoßenden und deshalb unzulässigen Rechtsausübung erklärt werden⁸². Man kann die Verwirkung den Fällen widersprüchlichen Verhaltens — *venire contra factum proprium* — zuordnen, aus denen sie sich allerdings wegen des für sie typischen Zeitablaufs deutlich abhebt⁸³. Der Berechtigte darf sein Recht nicht außerhalb einer angemessenen Frist geltend machen, wenn er dadurch gegen Treu und Glauben verstößt. Andernfalls handelt er nur scheinbar als Berechtigter, in Wahrheit aber widerrechtlich, weil er die sich aus seinem Rechtsverhältnis gegenüber dem anderen Teil ergebende Pflicht verletzt, berechnete Interessen und Erwartungen des anderen Teils zu berücksichtigen⁸⁴.

Der Rechtsmißbrauch liegt nicht allein schon im ungenutzten Zeitablauf. Die Rechtsausübung muß vielmehr bei objektiver Wür-

⁷⁹ Der Säumige wird lediglich den übrigen Rechten nachgesetzt.

⁸⁰ Worauf Sonntag DJZ 1928 S. 869 zutreffend hinweist.

⁸¹ Vgl. Krause S. 163.

⁸² Vgl. statt aller Soergel-Siebert § 242 BGB Bem. C. II 1 mit Nachw. der Lit. u. Rspr.

⁸³ Soergel-Siebert § 242 BGB Bem. C II 3 f.

⁸⁴ So z. B. BVerwG MDR 1958 S. 628.

digung aller Umstände des einzelnen Falles als unzulässig erscheinen. Welche Umstände außer der Länge des Zeitablaufs der Beurteilung unterliegen können, ergibt sich im wesentlichen aus der in einer Vielzahl von Fällen in der Gerichtspraxis gewonnenen Erfahrung. Allgemein handelt es sich um typische Umstände, die eine frühere Geltendmachung des Rechts verlangt hätten und eine Geltendmachung zu einem späteren Zeitpunkt als unzulässig erscheinen lassen⁸⁵. Eine Verwirkung wird beispielsweise eher zu bejahen sein, wenn der Verpflichtete in berechtigter Erwartung der Nichtgeltendmachung des Rechts tatsächliche Vorkehrungen und Aufwendungen getroffen hat. Außer Art und Gegenstand des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses spielen auch die Zeitverhältnisse, insbesondere die Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse, eine besondere Rolle. Hier ist dem Berechtigten ein längeres Zuwarten zuzumuten⁸⁶. Von Bedeutung sind auch die Machtverhältnisse der Parteien. Eine wirtschaftliche und tatsächliche Überlegenheit des Rechtsgegners wird zugunsten des Berechtigten wirken müssen.

Daneben müssen auch subjektive Momente, wie z. B. die persönlichen Eigenschaften und Erfahrungen der Beteiligten, Berücksichtigung finden. Es muß einen Unterschied machen, ob der Berechtigte von seinem Recht Kenntnis hat oder nicht. Die Kenntnis des Rechts ist jedoch nicht notwendige Voraussetzung der Verwirkung⁸⁷. Ein Verschulden ist entsprechend der objektiven Gesamtwertung nicht erforderlich, um die Verwirkung überhaupt zu ermöglichen. Alle oben genannten Einzelumstände beeinflussen in ihren Auswirkungen sich gegenseitig; sie können einander aufheben oder verstärken⁸⁸.

Unabdingbar als typisches Merkmal der Verwirkung ist lediglich der Zeitablauf, dessen Bedeutung allerdings, wie schon Mügel⁸⁹ hervorgehoben hat, nur als einer der Umstände betrachtet werden kann, die bei der Wertung nach Treu und Glauben zu beachten sind. Dem hatte sich auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen⁹⁰ und ausgeführt, „daß bei ungewöhnlich langem Zögern die sonstigen gegen die Verwirkung sprechenden Umstände gegenüber dem Zeitablauf schließlich ganz in den Hintergrund treten können“⁹¹.

6. Es muß bezweifelt werden, ob es einer Heranziehung der positivrechtlichen Norm des § 242 BGB überhaupt bedarf, um die Verwirkung zu rechtfertigen. Die Gegenüberstellung von Recht und Pflicht kann die

⁸⁵ Vgl. die Zusammenstellung der maßgeblichen Gesichtspunkte bei Siebert S. 251 f. u. Tegtmeier AcP 1936 S. 231.

⁸⁶ A. A. offenbar das OLG Stuttgart NJW 1949 S. 507.

⁸⁷ Soergel-Siebert § 242 BGB Bem. C II 4 K mit Nachw.

⁸⁸ Siebert S. 144, 173.

⁸⁹ JW 1927 S. 2917.

⁹⁰ Vgl. RGZ Bd. 118 S. 378, Bd. 131 S. 230.

⁹¹ RGJW 1932 S. 1054 f.

Rechtssphären zweier oder mehrerer Rechtssubjekte deutlich machen. Sie kann aber auch nur methodischen Zwecken dienen, indem sie hilft, einen Rechtsbegriff, dessen Umfang im Wege der Gesetzesauslegung noch nicht klar genug bestimmt werden kann, genauer zu umschreiben. Abgesehen von der im Gesetz selbst möglichen Einschränkung eines Rechts durch die Gesetzestechnik, etwa durch Ausnahmenvorschriften oder durch Gesetzesvorbehalte, wird ein Recht erst in seiner Anwendung durch die Rechtsprechung und Verwaltung im Einzelfall konkretisiert und dadurch auch in seiner generellen Tragweite erkennbar. Nur so kann es im Wandel der Zeiten das Eigentumsrecht, das Forderungsrecht, das Grundrecht geben. Dieser Vorgang wird besonders deutlich im modernen Verfassungsrecht, wo vielfach von sogenannten „inhärenten“ oder „immanenten“ Schranken der Grundrechte gesprochen wird. Eine solche Bezeichnung kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich nicht um Schranken des Rechts etwa im Sinne der Innentheorie, sondern nur um eine möglichst genaue Begriffsfestlegung handelt⁹². Es kann deshalb auch der Meinung Dürigs⁹³ nicht zugestimmt werden, der eine positiv-rechtliche präzierte Gegenorm allein deswegen verlangt, weil im öffentlichen Recht der Mißbrauch der Grundrechte sich nicht gegen den einzelnen Rechtsgenossen, sondern gegen die gesamte Rechtsgemeinschaft richte⁹⁴.

Die Tragweite eines Rechtsbegriffs kann nur mit Hilfe eines Maßstabs bestimmt werden, der jedem Recht innewohnt. Kein Recht, das in einer gegen Treu und Glauben und gegen die Verkehrssitte verstoßenden Weise geltend gemacht wird, kann Anerkennung und Schutz durch die staatliche Gewalt finden. Diese Einsicht kann nicht aus dem einseitigen Pflichtgedanken folgen, der sich unmittelbar an den Rechtsgenossen wendet und nur mittelbar die Allgemeinheit trifft⁹⁵, sondern muß sich aus dem Gemeinschaftsgedanken ergeben, der die Belange der Gesamtheit und damit sowohl die Interessen des Berechtigten als auch die des Verpflichteten berücksichtigt. Jede Rechtsordnung und jede Gesetzesnorm, die ein Recht verleiht, kann ihren Zweck, der Ordnung der Gemeinschaft zu dienen, nur dann erreichen, wenn sie jedes Rechtsverhältnis nicht in seiner Vereinzelung, sondern in seiner Ausstrahlung auf die Gesamtheit sieht. Nur so kann der Rechtsentwicklung Raum

⁹² Ebenso v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. I Vorbem. B XV 1 b S. 121 f.

⁹³ JZ 1952 S. 516.

⁹⁴ Dagegen mit Recht auch v. Mangoldt-Klein Art. 18 Anm. III 2 a.

⁹⁵ So spricht Siebert noch in JW 1937 S. 612 — zustimmend RGZ Bd. 155 S. 152 — von einer konkreten Rechtspflicht zur rechtzeitigen Geltendmachung des Anspruchs. Ebenso Tegtmeier AcP 1936 S. 221, 223. Dagegen mit Recht Lehmann — JW 1936 S. 2193 ff. — der darauf hinweist, daß die Übersteigerung des Pflichtgedankens unweigerlich zur Unsicherheit bei der Ausübung der Rechte führen muß.

gegeben werden⁹⁶. Die Beschränkung der Rechte ist jedem Recht von Hause aus mitgegeben. Es ist somit Tschischgale⁹⁷ zuzustimmen, daß der sogenannten Begrenzungslehre, die in § 242 BGB eine Ausübungsschranke sieht, keine Berechtigung zukommen kann, da ein Recht auch in Fällen seines unrechten Gebrauchs besteht. Eine „Relativität des Rechtsinhalts“⁹⁸ kann deshalb nicht anerkannt werden. Eine unzulässige Rechtsausübung ist begrifflich nur dann möglich, wenn das Recht trotz Mißbrauchs als bestehend angenommen wird⁹⁹. Das Recht besteht zwar, der zu seiner Ausübung Berechtigte wird jedoch nicht geschützt. Die besonders in der französischen Doktrin viel erörterte Frage, ob der Begriff „unzulässige Rechtsausübung“ nicht widersprüchlich sei¹⁰⁰, findet in der Trennung von Recht und Rechtsausübung ihre Beantwortung. Das beweist auch die Verwirkungsfähigkeit der Gegenrechte, z. B. der Verjährungseinrede als Leistungsverweigerungsrecht, die den materiellen Rechtsinhalt überhaupt nicht beeinflussen: Ein eigentlich verjährtes oder ausgeschlossenes Recht verdient deswegen verwirklicht zu werden, weil sich nach den Umständen des einzelnen Falles die Berufung auf die Verjährung oder die Ausschußfrist als Rechtsmißbrauch darstellt.

§ 242 BGB kann also weder als Gegenorm — Außentheorie — noch als Gestaltungsnorm — Innentheorie — anerkannt werden. Diese Theorien können im Hinblick auf ihre Formulierungen erkenntnistheoretische Bedeutung haben, weil sie „die Ausübungsschranken eines Rechts“¹⁰¹ verdeutlichen helfen. Der Grundsatz von Treu und Glauben findet seine Grundlage nicht erst in der positiv-rechtlichen Regelung des § 242 BGB und den entsprechenden Bestimmungen der §§ 226, 826 BGB, 1 UWG. Wenn es diese Normen nicht gäbe, brauchte man sie nicht einmal zu erfinden, da die richtige Ausübung der Rechte im allgemeinen Rechtsbewußtsein verwurzelt ist¹⁰². Die positiv-rechtliche Treu-und-Glauben-Norm des § 242 BGB hat bezeichnenderweise erst Vorgänger in den neueren Gesetzen und Gesetzesentwürfen, wie dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch, dem Preußischen Allgemeinen Landrecht, dem Code Civil, dem Bayrischen, dem Hessischen und dem Dresdener Entwurf¹⁰³. § 242 BGB ist auch in konstruktiver Hinsicht nicht der exceptio doli

⁹⁶ Der Inhalt des Rechts kann zu verschiedener Zeit verschieden weit reichen. Vgl. die geschichtliche Wandlung des Eigentumsrechts („Sozialbindung“).

⁹⁷ aaO. S. 67 ff., 74.

⁹⁸ Siebert S. 89.

⁹⁹ Vgl. Manigk DJZ 1936 S. 355.

¹⁰⁰ „Wie kann die Ausübung eines Rechts, die doch begrifflich Rechtsverwirklichung darstellt, zugleich etwas Unzulässiges, ein Rechtsmißbrauch sein?“ Vgl. Siebert S. 83.

¹⁰¹ Siebert S. 89.

¹⁰² Vgl. bes. Gierke, Deutsches Privatrecht (Leipzig 1895), Bd. I S. 254 f.

¹⁰³ Vgl. die Motive zum Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich Bd. II S. 577.

generalis des römischen Rechts nachgebildet, da diese als Hemmung des Anspruchs als von außen her an das an und für sich ungebundene Recht herangetragen gedacht wurde¹⁰⁴. Daraus folgt für das geltende Recht, daß die Unzulässigkeit der Rechtsausübung kein Rechtsendigungsgrund und — genau betrachtet — keine rechtsvernichtende Einwendung sein kann, da diese sich regelmäßig auf eine positiv-rechtliche Gegennorm stützt, sondern nur Ausübungsschranke, die unter veränderten Umständen wieder fallen kann. Es ist allerdings Siebert¹⁰⁵ darin zuzustimmen, daß dieser Gedanke bei der Bedeutung des Zeitablaufs für den Verwirkungstatbestand kaum praktische Bedeutung gewinnt. Die übrigen für die Verwirkung bedeutsamen Umstände des Einzelfalles treten regelmäßig hinter den rechtsmindernden Wirkungen des Zeitablaufs zurück. Ausnahmsweise wird aber ein zu bestimmter Zeit unter bestimmten Umständen verwirkter Anspruch unter anderen Umständen wieder geltend gemacht werden können¹⁰⁶. § 242 BGB ist somit lediglich Ausdruck eines mit jedem Rechtsbegriff verknüpften allgemeinen Gedankens. Jedes Recht darf nur in einer Treu und Glauben entsprechenden Weise geltend gemacht werden. Erst diese Rechtsbeschränkung vermeidet eine Rechtswillkür. § 242 BGB kann deshalb nur Anstoß und Hinweis, nicht rechtfertigende Grundlage des Verwirkungsgedankens sein¹⁰⁷.

IV. Zusammenfassung

Der Begriff „Verwirkung“ wird von der Rechtssprache für mannigfaltige Erscheinungen benutzt, die den Verlust einer Rechtsstellung bedeuten. Die einzelnen Erscheinungen lassen sich drei großen Gruppen zuordnen, die auch in innerem Zusammenhang stehen: Die gesetzlichen Bestimmungen, die zur Verwirkung einer Rechtsstellung infolge kriminellen oder sonstigen rechtlich mißbilligten Verhaltens führen, sind ausschließlich Folge eines pflichtwidrigen Verhaltens. Sie unterscheiden sich von denjenigen Erscheinungen, die allein die rechtsmindernden Wirkungen des Zeitablaufs berücksichtigen. Beide Elemente werden in die „Verwirkung infolge Verstoßes gegen Treu und Glauben“ (§ 242 BGB) aufgenommen und miteinander verschmolzen. Während die Verwirkungsfälle der beiden ersten Gruppen in ihren tatbestandsmäßigen Voraussetzungen in Einzelnormen vorgegeben sind, kann die dritte Gruppe nur durch die Generalklausel des § 242 BGB gekennzeichnet werden. Sie ist eine Schöpfung der Rechtsprechung.

Die historische Entwicklung der „treuwidrigen Verspätung“, so wie sie seit der Aufwertungsrechtsprechung Gestalt gewonnen hat, hat ihren

¹⁰⁴ Vgl. dazu Tschischgale S. 69.

¹⁰⁵ Vgl. Soergel-Siebert § 242 BGB Bem. C II 7 b.

¹⁰⁶ So z. B. Siebert S. 175, 218 und Tschischgale S. 81 f.

¹⁰⁷ Ebenso de Boor AcP Bd. 141 S. 273.

entscheidenden Anstoß ebenfalls durch das „Zeitprinzip“ und den „Pflichtgedanken“ erhalten. Wurde anfangs die „Verwirkung“ infolge reinen Zeitablaufs und später infolge bewußten Schweigens angenommen, so war damit zugleich einerseits das „Zeitprinzip“, andererseits der „Pflichtgedanke“ übersteigert. Der jetzt gültige Verwirkungsbegriff stellt eine ausgewogene Verbindung beider Gesichtspunkte dar. Einer Heranziehung des § 242 BGB bedarf es jedoch nicht. Im Interesse der Klarheit der Begriffe sollte die rechtstechnische Anwendung des Ausdrucks „Verwirkung“ auf das Endergebnis dieser aufgezeigten Entwicklung, die Fälle der treuwidrigen Verspätung beschränkt werden¹⁰⁸.

¹⁰⁸ So mit Recht gegen ein Urteil des BAG vom 15. 9. 1954 — Nr. 1 zu § 66 BetrVerfG Bl. 4 R — Hueck-Nipperdey, Bd. 2 S. 448 Anm. 14; ebenso gegen die Urteile des BVerwG vom 16. 2. 1956 — NJW 1956 S. 1170 — und vom 17. 5. 1956 — BVerwGE Bd. 3 S. 297 ff. — Forsthoff, S. 157 f.

Der Einfluß des Verwirkungsgedankens auf das Prozeßrecht

§ 1. Der Verwirkungsgedanke in seiner Anwendung durch die Rechtsprechung auf die prozessualen Rechtsbehelfe

I. Die Verwirkung im Bereich des Zivilprozeßrechts und der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der Kostenrechtsprechung

Für das Gebiet des Prozeßrechts ist der Verwirkungsgedanke in seiner Bedeutung erheblich eingeschränkt, da Verwirkung dort nicht eintreten kann, wo bereits durch verhältnismäßig kurze Ausschußfristen der rechtsmindernden Wirkung des Zeitablaufs Rechnung getragen ist. Diese schon im materiellen Recht vorgefundene Erkenntnis¹ steht einer Entwicklung dieses Rechtsinstituts besonders im Bereich des Prozeßrechts entgegen, da hier prozessuale Befugnisse jeder Art im Interesse einer möglichst raschen und sicheren Rechtspflege regelmäßig fristgebunden sind. Der Verwirkungsgedanke kann deshalb praktisch nur dort auftauchen, wo das Prozeßrecht für Rechtsbehelfe ausnahmsweise keine Fristen bestimmt oder im Einzelfall die Frist — z. B. mangels förmlicher Zustellung² oder im Verwaltungsstreitverfahren bei pflichtwidrig unterlassener Rechtsmittelbelehrung³ — überhaupt nicht zu laufen beginnt.

Eine der ersten Entscheidungen, die zum Verwirkungsproblem im Bereich des Zivilprozeßrechts Stellung nehmen, ist der Beschluß des Oberlandesgerichts Naumburg vom 7. Oktober 1930⁴. Die Begründung des Beschlusses bezieht sich verständlicherweise nicht expressis verbis auf den Rechtsgedanken der Verwirkung, da zu diesem Zeitpunkt die Verwirkung als allgemeines Rechtsinstitut noch heftig umstritten war. Das Gericht wies eine trotz vereinbarter Zurücknahme erneut eingelegte fristlose Beschwerde (§§ 567 ff. ZPO) als unzulässig zurück. Wenn derjenige, der sich zur Zurücknahme der Beschwerde be-reiterklärt habe, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen damit habe rechnen müssen, daß der andere Teil daraufhin Entschließungen treffe, die noch dazu vermögensrechtliche Wirkungen haben könnten, so erfordere es, von der Prozeßökonomie abgesehen, die Sicherheit in der Abwicklung von Rechtsgeschäften und Prozessen, daß einer unter solchen Umständen erklärten Zurücknahme der Beschwerde auch eine entsprechende prozeßrechtliche Wirkung zu-

¹ Vgl. oben S. 23; vgl. ferner BGH NJW 1959 S. 1629.

² Vgl. OLG Hamm JZ 1953 S. 154.

³ Vgl. BVerwG MDR 1956 S. 632.

⁴ JW 1930 S. 3866.

gesprochen werden müsse, die nur in dem Verlust des Rechtsmittels bestehen könne. Der hier nach Ablauf von 10 Monaten, noch dazu mit völlig gleicher Begründung erneut erhobenen Beschwerde stehe also eine Art *exceptio doli processualis* entgegen. — Nach einer Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts⁵ ist eine unbefristete Beschwerde dann nicht mehr zulässig, wenn mit ihrer Einlegung über Gebühr lang gewartet, insbesondere wenn sie mißbräuchlich hinausgezögert wird, um der anzufechtenden Entscheidung durch Zeitablauf den Boden zu entziehen. In dem vor Gericht entschiedenen Fall war dem Beschwerdeführer das zur Durchführung des Scheidungsstreits erbetene Armenrecht vom Landgericht versagt worden, weil die häusliche Gemeinschaft noch nicht seit 3 Jahren i. S. des § 48 Abs. I EheG aufgehoben sei. Die nach Ablauf eines Jahres dagegen eingelegte Beschwerde wurde damit begründet, daß die Frist des § 48 Abs. I EheG nunmehr abgelaufen sei. Das Gericht räumte zwar ein, daß eine Beschwerde gem. § 570 ZPO auch auf neue Tatsachen gestützt werden könne. Das mißbräuchliche Verhalten des Beschwerdeführers liege jedoch darin, daß er die Einlegung des Rechtsmittels in der alleinigen Absicht, die Vollendung der Frist des § 48 Abs. I EheG abzuwarten, übermäßig lange hinausgezögert habe⁶. — Auch das unbefristete Antragsrecht des Berufungsbeklagten bei Zurücknahme der Berufung (§ 515 Abs. III ZPO) kann nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf zeitlich nicht unbeschränkt ausgeübt werden; nach Ablauf eines längeren Zeitraums könne es am Rechtsschutzinteresse fehlen.

Auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit setzt die Rechtsprechung aus ähnlichen Erwägungen positiv-rechtlich unbefristeten Rechtsbehelfen gleichfalls zeitliche Schranken. So betrachtet das Oberlandesgericht Hamm⁷ eine weitere Beschwerde gegen eine Entscheidung über das Personensorgerecht nach Ablauf einer längeren Zeitspanne — hier 1½ Jahre — als unzulässig. Zwar seien Beschwerde und weitere Beschwerde gegen Entscheidungen nach § 74 EheG (jetzt § 1671 BGB) nicht an eine Frist gebunden; sie müßten aber innerhalb eines angemessenen Zeitraumes eingelegt werden, da andernfalls eine Festigung des durch den angefochtenen Beschluß geschaffenen Zustandes eintrete, die schon für sich allein infolge der Gewöhnung der Beteiligten an diesen Zustand bei der Entscheidung über das Sorgerecht beachtlich sei und daher eine neue Beurteilung des Sachverhalts erforderlich mache. Eine Abänderung des Sorgerechts könne daher nur auf Grund einer neuen

⁵ Beschl. vom 21. 4. 1952 — SchlHA 1952 S. 134.

⁶ Zur Unzulässigkeit der Beschwerde gegen einen Armenrechtsbeschluß (§ 127 ZPO) nach Ablauf eines Jahres vgl. OLG Köln MDR 1958 S. 694 (Leitsatz).

⁷ JW 1938 S. 537.

⁸ MDR 1952 S. 172.

Prüfung der Verhältnisse (§ 74 Abs. VI EheG), aber nicht auf Grund etwaiger Rechtsfehler des früheren, seit langem wirksamen und durchgeführten Beschlusses erfolgen⁹.

Die Kostenrechtsprechung weist eine Fülle von Entscheidungen auf, in denen anerkannt wird, daß unbefristete Ansprüche und Rechtsbehelfe im Streitwert- und Kostenfestsetzungsverfahren dann verwirkt werden können, wenn die späte Geltendmachung aus der Gesamtheit der vorliegenden Umstände unter besonderer Berücksichtigung der verflossenen langen Zeit Treu und Glauben widerspricht.

So kann die Anwaltsvergütung, insbesondere der Erstattungsanspruch gegen die in die Prozeßkosten verurteilte Gegenpartei dann verwirkt sein, wenn die Kostenberechnung längst abgewickelt ist und alle Beteiligten sich auf die Erledigung der Kostenfrage eingestellt haben¹⁰. Es sei dann nicht nur der Erstattungsanspruch gegen die unterlegene Partei, sondern auch der prozessuale Anspruch auf nachträgliche Festsetzung der Kosten gegen das Gericht als verwirkt anzusehen, da dem Gericht nicht zugemutet werden könne, zur Verwirklichung eines gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhaltens mitzuwirken¹¹. Es könne auch von der Gegenpartei nicht erwartet und ihr auch nicht zugemutet werden, nach Ablauf langer Zeit noch eigene Kosten, die zur Ausgleichung zu stellen seien, einwandfrei zu belegen¹².

Bereits im Jahre 1931 hatte das Kammergericht in einer grundlegenden Entscheidung¹³ die Rückforderung überhobener Armenanwaltsgebühren durch die Reichskasse nicht schrankenlos, sondern nur innerhalb eines angemessenen Zeitraumes für zulässig erklärt, da es nicht zu rechtfertigen sei, einen abgeschlossenen, durch Kostenfestsetzung, Kostenzahlung und -verrechnung vollkommen erledigten Sachverhalt nur aus fiskalischem Interesse wieder aufzurollen. Eine Aufrollung der Kostenberechnung dürfe auch nicht zu dem Zweck erfolgen, um eine dem früheren Stand der Rechtsprechung gemäß ergangenen Entscheidung mit dem jetzigen geänderten Stand der Rechtsprechung in Einklang zu bringen. Der Grundsatz der Rechtssicherheit müsse unter allen Umständen dem fiskalischen Interesse vorgehen.

Auch der fristlosen Erinnerung aus § 576 ZPO gegen Kostenfestsetzungsbeschlüsse sind gewisse zeitliche Grenzen gezogen, außerhalb derer die Benutzung dieses Rechtsbehelfs rechtlich nicht mehr zu billigen und

⁹ Ebenso OLG Freiburg RPfleg 1952 S. 426.

¹⁰ Vgl. KGJW 1938 S. 2488 und die bei Gerold, Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, München-Berlin 1958, § 14 Anm. 28 und § 128 Anm. 27 zit. Rspr.

¹¹ OLG Dresden JW 1938 S. 3161; ebenso KGJW 1939 S. 170.

¹² KGJW 1939 S. 647.

¹³ JW 1931 S. 3574.

somit als verwirkt anzusehen ist¹⁴. In einer vom Kammergericht¹⁵ getroffenen Entscheidung hatte der Beschwerdeführer die teilweise Vollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschuß über sich ergehen lassen und diesen gleichwohl erst nach mehr als 11 Jahren mit der Erinnerung angegriffen.

Mit gleichen Erwägungen hat sich die Rechtsprechung mehrfach¹⁶ für eine Verwirkung des Beschwerderechts gegen Streitwertfestsetzungsbeschlüsse ausgesprochen, wenn die Beschwerde unangemessen lange Zeit nach bereits erfolgter Kostenabwicklung eingelegt wird. Die Frist, innerhalb der die Beschwerde verwirkt sei, sei verhältnismäßig kurz zu bemessen, da von der Festsetzung des Streitwertes vielfache Berechnungen und Entschließungen der Gerichtskasse, der Prozeßbevollmächtigten und der Parteien untereinander abhängig seien. Im allgemeinen sei gegenüber einem Streitwertfestsetzungsbeschuß eine Verwirkung des Beschwerderechts etwa 10—12 Monate nach seiner Bekanntgabe anzunehmen¹⁷.

Eine angemessen zeitliche Beschränkung müsse für das Antrags-¹⁸ und Abänderungsrecht¹⁹ bei Streitwertfestsetzungsbeschlüssen gelten. Dieser Auffassung hat inzwischen die Gesetzgebung Rechnung getragen. Eine Abänderung der Streitwertfestsetzung wie auch eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung ist nunmehr gemäß § 23 Abs. I Satz 4, Abs. II Satz 2 GKG in der Neufassung des Gesetzes vom 26. Juli 1957 — BGBl I S. 861 — im Gegensatz zu § 18 GKG a. F. befristet, so daß die Frage der Verwirkung an Bedeutung verloren hat. Abänderung und Beschwerde sind nur zulässig, wenn sie bis zum Ablauf des nächsten Kalenderjahres, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, erfolgen. Dagegen ist für das Antragsrecht der Parteien (§ 9 Abs. II RAGO) von einer Befristung abgesehen worden, da auch eine Befristung der Erinnerung gegen den Kostenansatz des Kostenbeamten im Interesse der Kostenprüfungsstellen nicht zweckmäßig erschien²⁰. Eine Verwirkung des Antragsrechts ist deshalb auch künftig nicht ausgeschlossen²¹.

¹⁴ Vgl. KGDR 1943 S. 412.

¹⁵ A. a. O.

¹⁶ Vgl. OLG Breslau HRR 1936 Nr. 491; OLG Düsseldorf NJW 1949 S. 832; KGMDR 1953 S. 690; OLG München NJW 1954 S. 562 u. MDR 1958 S. 112. Vgl. im übrigen die Nachw. bei Stein-Jonas-Schönke, 18. Aufl., § 3 ZPO Bem. A II 2 b; Baumbach-Lauterbach, Kostengesetze, 13. Aufl., § 18 GKG Bem. 3 C; Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren, 15. Aufl., §§ 11, 12 RAGO Bem. 5, 7.

¹⁷ KGMDR 1953 S. 690.

¹⁸ LG München MDR 1956 S. 363; Gerold § 9 RAGO Bem. 40.

¹⁹ KGMDR 1956 S. 496; HansOLG MDR 1958 S. 699; Gaedeke JW 1939 S. 573.

²⁰ Vgl. die amtliche Begründung zur Nr. 17 GKG.

²¹ Ebenso Gerold § 9 RAGO Bem. 40.

II. Die Verwirkung im Bereich des Verwaltungsstreitverfahrens

Im Verwaltungsstreitverfahren ist der Anwendungsbereich der Verwirkung infolge treuwidriger Verspätung dadurch beschränkt, daß nicht nur die Rechtsmittel, sondern auch die Klagebefugnis selbst an verhältnismäßig kurze Fristen gebunden sind. Die Klage ist binnen eines Monats²² bzw. sogar innerhalb von zwei Wochen²³ seit Eröffnung oder Zustellung des Einspruchsbescheids vor dem Verwaltungsgericht zu erheben. Das Rechtsmittel der Beschwerde ist binnen zwei Wochen²⁴, die Rechtsmittel der Berufung²⁵ und der Revision²⁶ sind binnen eines Monats seit Bekanntgabe oder Zustellung der angefochtenen Entscheidung einzulegen. Eine Verwirkung vor dem Ende der Frist ist daher schon deshalb unmöglich gemacht, weil es am Erfordernis eines längeren Zeitablaufs mangeln würde. Die Verwirkung der Klagebefugnis erlangt aus diesem Grunde nur dort praktische Bedeutung, wo eine Klagefrist — wie bei der Untätigkeitsklage²⁷ — ausnahmsweise entfällt. Entsprechendes gilt dann, wenn die Frist deswegen nicht in Lauf gesetzt wird, weil das Gericht seine Entscheidung mit einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung versieht oder diese überhaupt nicht erteilt²⁸.

Der Württ.-Bad. VGH betrachtete in seinem Urteil vom 22. September 1950²⁹ eine Untätigkeitsklage als verwirkt, weil der Beschwerdeführer es drei Jahre lang hingenommen habe, daß seine Beschwerde in erkennbar endgültig gemeinter, wenn auch unzulänglicher Form abgelehnt worden sei. Trotz der Bestimmung des § 43 Satz 2 VGG, die keine Frist für Erhebung der Untätigkeitsklage bestimme, lasse sein Verhalten nur den Schluß zu, daß er sich damals mit der getroffenen Regelung abgefunden habe. — Das gleiche Verwaltungsgericht hatte bereits vorher³⁰ entschieden, daß der nach § 5 Reichsleistungsgesetz zur Quartierleistung Herangezogene sich nicht auf die wegen mangelnder Form — § 23 Abs. I RLG — bestehende Ungültigkeit der Leistungsanforderung berufen könne, wenn er die Einquartierung längere Zeit widerspruchslos hingenommen habe. Er habe hierdurch einen auf die Ungültigkeit der Inanspruchnahme gestützten Anspruch auf Aufhebung dieser Maßnahme verwirkt. Der

²² §§ 48 MRVO, 19 BVerwGG.

²³ § 42 südd. VGG.

²⁴ §§ 92 MRVO, 117 südd. VGG.

²⁵ §§ 83 MRVO, 103 südd. VGG.

²⁶ § 57 BVerwGG.

²⁷ §§ 24 MRVO, 43 Satz 2 südd. VGG.

²⁸ §§ 35 MRVO, 32 südd. VGG, 21 BVerwGG. Allerdings sehen §§ 21 Abs. III BVerwGG, 35 Abs. II VGG RhPf hier eine einjährige Ausschlussfrist vor, nach deren Ablauf die Einlegung des Rechtsbehelfs ausgeschlossen ist.

²⁹ VerwRspr. Bd. 3 S. 431.

³⁰ Urteil vom 25. 6. 1948 — VerwRspr Bd. 3 S. 38.

Bayer. VGH³¹ erklärt ausdrücklich, „daß die Tatsache, daß das VGG bei fehlender Rechtsmittelbelehrung keinen Ablauf der prozessualen Klagefrist kennt (§ 32 VGG), der Berücksichtigung der Verwirkung nicht entgegensteht“. Die Verwirkung stelle sich nämlich als „Einbuße des materiellen Rechts“ dar, wenn eine Rechtsausübung im Hinblick auf ein vorangehendes eigenes Verhalten des Ausübenden dem auch das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben widerspreche. — Die Verwirkung nicht des zugrundeliegenden materiellen Rechts, sondern der prozessualen Klagebefugnis wird von dem OVG Rheinland-Pfalz³² und dem OVG Lüneburg³³ untersucht, jedoch aus grundsätzlichen Erwägungen abgelehnt. Nach der Auffassung des OVG Rheinland-Pfalz kann im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens für die Anwendung der dem Zivilrecht entstammenden Lehre von der Verwirkung insofern kein Raum sein, als es sich um die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Klage als solche handelt. Während es sich im Zivilrecht um Individualrechte handele, deren rechtlicher Bestand die Allgemeinheit nicht berühre und deren Durchsetzung ausschließlich im Interesse des einzelnen liege, bilde die verwaltungsgerichtliche Klage zugleich ein Anstoß zu einer gerichtlichen Entscheidung im Sinne des rechtsstaatlichen Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Sofern die Klage nicht durch gesetzliche Fristen ausgeschlossen werde, müsse dieses Prinzip als elementarer Verfassungsgrundsatz auch dann beachtet werden, wenn jener Anstoß durch die Anfechtungsklage erst nach längerem Zuwarten und in einem Zeitpunkt gegeben werde, in dem vor den Zivilgerichten der Rechtsgrundsatz der Verwirkung durchgreife. — Das OVG Lüneburg leugnet die Geltung des Verwirkungsgedankens für das gesamte Verfahrensrecht. Das Urteil wendet sich gegen die Auffassung der Vorinstanz, die sich mit einem Bescheid des OVG Münster vom 6. Februar 1950³⁴ in Übereinstimmung befand und in entsprechender Anwendung des § 36 Abs. IV MRVO (Nachsichtgewährung) nach Ablauf eines Jahres seit dem Ende der versäumten Frist den Verwaltungsakt trotz fehlender Rechtsmittelbelehrung als formell rechtskräftig ansah und eine Anfechtungsklage deshalb für unzulässig hielt. Die Annahme einer echten Ausschlußfrist müsse an den Nachweis einer positiven, unmittelbar anwendbaren Gesetzesvorschrift geknüpft sein. Dem Prozeßrecht als einem formstrengen Recht sei der Gedanke der Verwirkung grundsätzlich fremd. Dieser habe seine Entwicklung im materiellen Recht gefunden und beruhe auf einer Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Es dürfe jedoch nicht ohne

³¹ Urteil vom 11. 1. 1954 — VerwRspr Bd. 6 S. 434 — Bd. 7 S. 294; vgl. jetzt auch BVerwG NJW 1959 S. 256.

³² Urteil vom 28. 6. 1954 — AS Bd. 4 S. 76.

³³ Urteil vom 18. 7. 1951 — VerwRspr Bd. 4 S. 850.

³⁴ AS Bd. 1 S. 78 ff. — VerwRspr Bd. 2 S. 370.

weiteres angenommen werden, daß es offenkundig gegen Treu und Glauben verstoße, wenn sich ein Betroffener auf das Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung berufe und den Verwaltungsakt nach mehr als einem Jahr anfechte.

Der hier angedeutete Meinungsstreit der oberen Verwaltungsgerichte in dem Bemühen, die Klagebefugnis trotz fehlender oder mangelnder Rechtsmittelbelehrung zeitlich angemessen zu beschränken, dürfte durch ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 1958³⁵ seinen Abschluß gefunden haben. Das Urteil lehnt nachdrücklich die vom OVG Münster³⁶ vertretene Auffassung, die im § 36 Abs. IV MRVO für die Nachsichtgewährung vorgesehene Jahresfrist gelte auch für das Klagerecht, wenn die Klagefrist infolge fehlender oder mangelhafter Rechtsmittelbelehrung nicht in Lauf gesetzt sei, ab. Dagegen sei der Kläger infolge der auch im Bereich des öffentlichen Rechts geltenden Verwirkung „an der Erhebung der Klage gehindert“³⁷. Zwar habe das Reichsgericht³⁸ den Verwirkungsgedanken im Beamtenrecht mit besonderer Vorsicht angewendet. Zutreffend habe das Reichsgericht jedoch darauf hingewiesen, daß das Beamtenrecht dem Gesichtspunkt der Verwirkung schon mit Rücksicht auf die Gebote der Treue und Fürsorge, von denen es beherrscht werde, keineswegs verschlossen sei. Diese Auffassung, welche der besonderen inneren Verbundenheit zwischen dem Beamten und seinem Dienstherrn Rechnung trage, sei jetzt um so mehr berechtigt, weil der Rechtsschutz des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn nunmehr in jeder Hinsicht ausgestaltet sei. Der Dienstherr könne daher erwarten, daß der Beamte mit vermeintlichen Ansprüchen nicht über die Gebühr zurückhalte.

Auch im Verwaltungsstreitverfahren schafft das Kostenrecht häufiger als irgendein anderes Rechtsgebiet eine Konfliktslage, in der die Rechtsprechung nur mit dem Verwirkungsgedanken helfen kann. Einerseits bestehen eine Vielzahl prozessualer Befugnisse, die nicht fristgebunden sind³⁹. Andererseits müssen die Beteiligten, wenn die Kostenregelung einmal abgewickelt ist, darauf vertrauen dürfen, daß kein Teil mehr gegen den anderen kostenrechtliche Forderungen geltend machen kann. Es wird deshalb, ebenso wie im Bereich des Zivilprozesses, auch für das Verwaltungsstreitverfahren die Auffassung vertreten, daß ein kostenrechtlich abgeschlossenes Verfahren, auf dessen Erledigung sich alle Beteilig-

³⁵ MDR 1958 S. 628.

³⁶ Vgl. Anm. 34.

³⁷ Vgl. zur Verwirkung des Klagerechts bei fehlender Rechtsmittelbelehrung auch die Entscheidungen des BVerwG in MDR 1956 S. 632 u. 1957 S. 569.

³⁸ Vgl. RGZ Bd. 158 S. 239 u. die dort zit. Rspr zur Verwirkung von Gehalts- u. Ruheansprüchen.

³⁹ Abweichend zum Zivilprozeß kennt die MRVO jedoch nur die befristete Streitwertbeschwerde, § 106 i. V. m. §§ 91 ff.

ten wirtschaftlich eingestellt haben, nicht unbegrenzt aufgegriffen werden kann. So ist der Antrag auf gerichtliche Streitwertfestsetzung (§ 18 GKG) spätestens nach Ablauf eines Kalenderjahres nach dem Schluß des Jahres, in dem das Verfahren auch kostenrechtlich abgewickelt worden ist, nicht mehr zulässig⁴⁰. Das OVG Lüneburg begründet diese Ansicht zwar nicht ausdrücklich mit dem Rechtsgrundsatz der Verwirkung, bezieht sich jedoch auf die entsprechende Rechtsprechung und Literatur im Zivilprozeß, die sich ihrerseits eindeutig auf den Verwirkungsgedanken beruft⁴¹. Der Hess. VGH erklärt in seinem Beschluß vom 31. Oktober 1951⁴² einen Antrag auf Ergänzung der Kostenentscheidung als verwirkt, der weit mehr als ein Jahr nach Kostenabrechnung des Verfahrens eingereicht worden war. Der von der Rechtsprechung vorwiegend für die Streitwertbeschwerde entwickelte Grundsatz der Verwirkung treffe für alle Rechtsbehelfe zu, die sich auf die Kosten eines abgeschlossenen Verfahrens bezögen.

§ 2. Die verschiedenen dogmatischen Lösungsversuche

I. Der Standpunkt der Rechtsprechung zur Verwirkung im Zivilprozeßrecht und Verwaltungsstreitverfahren

Betrachtet man die Rechtsprechung zur Verwirkung im Prozeßrecht im Zusammenhang, so bezieht sich eine überwiegende Zahl von Entscheidungen der Zivilgerichte ausdrücklich auf den Rechtsgedanken der Verwirkung, der auch prozessuale Rechtsbehelfe ergreife⁴³. Soweit sich die Entscheidungen auf Verwirkung berufen, wird der Zeitablauf als ungenügend betrachtet und hervorgehoben, daß erst durch die Gesamtheit aller vorliegenden Umstände bestimmt werde, ob ein treuwidriges Verhalten vorliege⁴⁴. Teilweise stützen sich die Entscheidungen auch auf allgemeine Gesichtspunkte wie „Treu und Glauben“⁴⁵, „Rechtsmißbrauch“⁴⁶ oder „Rechtssicherheit“⁴⁷. Teils wird ein „fehlendes Rechtsschutzbedürfnis“

⁴⁰ Vgl. Beschl. des OVG Lüneburg vom 24. 4. 1953 — AS Bd. 6 S. 474 sowie Beschluß des OVG Münster vom 23. 7. 1958 — MDR 1959 S. 245. — Diese Auffassung ist inzwischen de lege lata bestätigt, vgl. o. S. 40.

⁴¹ U. a. auf die Entscheidungen des OLG Breslau — HRR 1936 Nr. 491 — und OLG Düsseldorf — NJW 1949 S. 832.

⁴² VerwRspr Bd. 4 S. 674.

⁴³ Vgl. z. B. OLG Breslau HRR 1936, Nr. 491; OLG Düsseldorf NJW 1949 S. 832; KG MDR 1953, S. 690.

⁴⁴ Vgl. KG JW 1938 S. 2488; OLG Dresden JW 1938 S. 3161; OLG Düsseldorf JMinBl 1956 S. 187.

⁴⁵ Vgl. u. a. OLG Naumburg JW 1930 S. 3866.

⁴⁶ Vgl. z. B. SchlHOLG SchlHA 1952 S. 134; OLG Hamm JZ 1953 S. 154.

⁴⁷ Vgl. z. B. KG JW 1931 S. 3574; OLG Köln MDR 1958 S. 694.

bzw. „mangelnde Beschwer“ behauptet⁴⁸. Über das Ergebnis herrscht jedoch Einigkeit: Das Verhalten des formell Berechtigten, der sein Recht über einen längeren Zeitraum treuwidrig nicht ausgeübt hat, findet keinen Schutz durch die Gerichte⁴⁹. Im Vergleich der einzelnen Entscheidungen zueinander ergeben sich deutliche Abstufungen in der Schwere des Treuverstoßes. Selten handelt es sich um ein bewußt treuwidriges Hinauszögern⁵⁰, häufiger wird der für die Verwirkung typische Zeitablauf in den Vordergrund gerückt⁵¹. Es verdient hervorgehoben zu werden, daß das Problem der Verwirkung von Verfahrensrügen wegen der positiv-rechtlichen Regelung durch die §§ 295, 530, 558 ZPO, die eine Rügeheilung vorsehen, nicht auftritt.

Die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte betreffen mit Ausnahmen der kostenrechtlichen Entscheidungen ausnahmslos die Verwirkung der Klagebefugnis. Die Häufigkeit der Verwirkungsentscheidungen auf diesem Gebiet dürfte darauf zurückzuführen sein, daß entsprechend der Regelung im Zivilprozeß eine Frist zur Erhebung einer Klage nicht im allgemeinen Rechtsbewußtsein verankert ist und deshalb häufiger als die Rechtsmittelfrist infolge Unkenntnis versäumt wird⁵². Auch zur Frage der Verwirkung von Verfahrensrügen innerhalb eines Verfahrens sind keine verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen bekannt geworden, eine Feststellung, die auch für den Bereich der Zivilrechtsprechung getroffen werden konnte. Offenbar war auch hier die positiv-rechtliche Rügeheilung durch Zeitablauf in den §§ 295, 530, 558 ZPO, die auch, soweit die verwaltungsgerichtlichen Verfahrensordnungen die analoge Anwendung zulassen⁵³, für den Verwaltungsprozeß gilt, einer Verwirkungsrechtsprechung hinderlich. Weder das zivilprozessuale noch das verwaltungsprozessuale Schrifttum machen daher auf die genannten Bestimmungen aufmerksam. Es blieb vielmehr den strafprozessualen Arbeiten vorbehalten, auf der Suche nach einer entsprechenden Regelung im Strafverfahrensrecht den § 295 ZPO zu „entdecken“⁵⁴.

Die verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen sprechen ohne Ausnahme von „Verwirkung“. Unklar bleibt aber auch hier, welche Beziehungen zwischen Klagebefugnis und geltend gemachtem materiellem Recht be-

⁴⁸ Vgl. OLG Düsseldorf JW 1932 S. 2895 u. JW 1938 S. 537.

⁴⁹ Die Literatur äußert sich übrigens ähnlich verschieden: Gaedeke JW 1939 S. 574 (Rechtssicherheit); Stein-Jonas-Schönke § 567 ZPO Bem. IV 3 u. Baumgärtel S. 429 ff., 451 (mangelndes Rechtsschutzbedürfnis bzw. mangelnde Beschwer); Gerold § 17 Bem. 28, § 128 Bem. 27 (Verwirkung); Baumbach-Lauterbach § 18 GKG Anm. 3 C (Rechtsmißbrauch).

⁵⁰ OLG Naumburg JW 1930 S. 3866; SchlHOLG SchlHA 1952 S. 134.

⁵¹ Vgl. besonders KG MDR 1953 S. 690.

⁵² Die Verfahrensordnungen haben darauf Rücksicht genommen und den Behörden die Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung auferlegt, vgl. §§ 35 MRVO, 32 südd. VGG, 21 BVerwGG.

⁵³ Vgl. §§ 26 BVerwGG, 34 südd. VGG.

⁵⁴ Vgl. Jescheck JZ 1952 S. 400 ff.

stehen. Bedeutet die Verwirkung des materiellen Rechts auch die Verwirkung der Klagebefugnis, so daß die Klage nicht erst als unbegründet, sondern schon als unzulässig abgewiesen werden muß? Besteht nur möglicherweise oder überhaupt keine solche Beziehung? Der Bayr. VGG⁵⁵ leugnet unmißverständlich eine derartige Beziehung. Er bezeichnet die Verwirkung als „eine Einbuße des materiellen Rechts, so daß (!) die Tatsache, daß das VGG bei fehlender Rechtsmittelbelehrung keinen Ablauf der prozessualen Klagefristen kennt (§ 32 VGG), der Berücksichtigung der Verwirkung nicht entgegensteht“. Diese Rechtsauffassung⁵⁶ muß schon an ihrer mangelnden praktischen Erprobung scheitern, da auch umgekehrt kaum ein Fall denkbar wäre, in dem die Verwirkungslage zwar die Klagebefugnis betrifft, das materielle Recht aber unangestastet bleibt⁵⁷. Es hat seinen guten Sinn, die Verwirkung bereits bei der Frage der Zulässigkeit der Klage zu prüfen, da die Verwirkung nicht Rechtsendigungsgrund, sondern Rechtsausübungsschranke ist. Man kann darüber streiten, ob diese Regelung auch prozeßtechnisch sinnvoll ist, da eine Überprüfung des materiellen Rechts nicht unterbleibt, vielmehr wegen der „Farblosigkeit“ des formellen Rechts erst ein Zurückgreifen auf das materielle Verwaltungsrecht eine Berücksichtigung aller Umstände, die eine Verwirkung fördern oder sie verhindern, ermöglicht. So kann beispielsweise die Frage, ob etwa im Rahmen sogenannter besonderer Gewaltverhältnisse eine Verwirkung der Klagebefugnis nur mit besonderer Vorsicht angenommen werden kann, erst durch eine Einbeziehung des materiellen Verwaltungsrechts geklärt werden⁵⁸.

Die Möglichkeit der Verwirkung prozessualer Befugnisse im Verwaltungsstreitverfahren wird von fast allen Entscheidungen bejaht. Eine Ausnahme machen lediglich die bereits erwähnten Entscheidungen des OVG Lüneburg⁵⁹ und des OVG Rheinland-Pfalz⁶⁰. Während das OVG Lüneburg allgemein und für das gesamte Verfahrensrecht wegen seiner Formenstrenge eine Verwirkung für unzulässig hält, argumentiert das OVG Rheinland-Pfalz lediglich gegen eine Verwirkung der Klagebefugnis im Verwaltungsstreitverfahren mit der Begründung, der elementare Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erfordere eine verwal-

⁵⁵ VerwRSpr Bd. 6 S. 434 — Bd. 7 S. 294.

⁵⁶ Ebenso Stich S. 329, der im Anschluß an Baumgärtel S. 432 f. eine Verwirkung der Klagebefugnis in dem einen kaum praktischen Fall für möglich hält, wenn sich die „Verwirkungsgrundlage ausschließlic auf die Klagebefugnis bezieht“.

⁵⁷ Auf die theoretische Notwendigkeit, daß zu jedem Rechtsanspruch wesensnotwendig — vgl. Lehmann, Allg. Teil des Bürg. Gesetzbuches 6. Aufl. (1949) § 13 I 2 — und nach geltendem Recht auch verfassungsmäßig — vgl. Art. 19 Abs. IV BGG — seine Klagbarkeit gehört, kann hier nur andeutungsweise aufmerksam gemacht werden.

⁵⁸ Vgl. das lehrreiche Urteil d. BVerwG in MDR 1958 S. 628.

⁵⁹ AS Bd. 6 S. 474.

⁶⁰ AS Bd. 4 S. 76.

tungsgerichtliche Überprüfung selbst dann, wenn der Kläger erst nach längerem Zuwarten die Klage erhebe. Beide Entscheidungen stimmen darin überein, daß sie dem auch das Prozeßrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben die Anerkennung zugunsten eines anderen dem Prozeßrecht eigenen Prinzips versagen und so der Vielfalt der prozessualen Zwecke nicht gerecht werden. Hierbei werden ebenso wichtige Grundsätze wie die Prozeßökonomie und die Rechtssicherheit übersehen, die — abgesehen von dem nach Treu und Glauben zu wertenden Vertrauenstatbestand — verlangen, daß prozessuale Befugnisse nach Eintritt eines Beruhigungszustandes nicht mehr ausgeübt werden können. Es kann auch keinen Unterschied machen, wenn man, wie es das OVG Rheinland-Pfalz tut, auf die zum Unterschied im Verwaltungsstreitverfahren vorwiegenden Individualinteressen im Zivilprozeß hinweist. Stich⁶¹ macht demgegenüber mit Recht geltend, daß es auch im Verwaltungsstreitverfahren, das im Interesse der Allgemeinheit die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns überwache, der Willensmacht und Entschlußfreiheit des einzelnen Staatsbürgers überlassen bleibe, ob er einen ihm zustehenden Rechtsbehelf ergreife oder ihn verfallen lasse und dadurch vielleicht einen gesetzwidrigen Akt der Verwaltung sanktioniere.

II. Der Standpunkt der Literatur zur Verwirkung im Zivilprozeßrecht und Verwaltungsstreitverfahren

Die Anwendung des Verwirkungsgedankens im Prozeßrecht durch die Rechtsprechung ist von der Literatur fast unbeachtet geblieben. Sofern das Verwirkungsproblem im Prozeßrecht überhaupt geprüft wird, wird die Erörterung meist auf die Frage beschränkt, ob die Verwirkung überhaupt im öffentlichen Recht, besonders im Prozeßrecht, gelten könne⁶². Erst in den letzten Jahren sind verschiedene Arbeiten im Zivilprozeß⁶³ und Verwaltungsstreitverfahren⁶⁴ zur systematischen Behandlung von Einzelfragen vorgedrungen. Entsprechend der durch §§ 295, 530, 558 ZPO geschaffenen Sonderregelung beschäftigen sich die Arbeiten zum Zivilprozeß und Verwaltungsstreitverfahren mit der Verwirkung prozessualer Rechtsbehelfe i. e. S.

Baumgärtel⁶⁵ anerkennt, daß dort, wo für die Ausübung prozessualer Befugnisse eine Frist nicht bestimmt ist, u. U. trotz der Pflicht des Staates zur Rechtsschutzgewährung ein praktisches Bedürfnis nach einer zeitlichen Begrenzung bestehen kann. Eine befriedigende Lösung dieses

⁶¹ A. a. O. S. 328, vgl. auch die bei Stich S. 328 N. 23 Zit.

⁶² Vgl. Rösener S. 91 mit Nachw.

⁶³ Baumgärtel, Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Bereich der ZPO u. d. FGG, ZZP Bd. 67 (1954) S. 423 ff.

⁶⁴ Stich, Die Verwirkung prozessualer Befugnisse im Verwaltungsstreitverfahren, DVBl 1956 S. 325 ff.

⁶⁵ Vgl. besonders S. 427 ff., 451.

Konflikts könne nur aus einer Abwägung der Interessen der einen Partei an der Gewährung des Rechtsschutzes und der Notwendigkeit eines Vertrauensschutzes für die andere Partei gefunden werden. Für eine derartige Interessenabwägung biete das Institut des Rechtsschutzbedürfnisses als Sachurteilsvoraussetzung die geeignete Handhabe. Die Bedeutung eines selbständigen Unzulässigkeitsgrundes komme der Verwirkung deshalb nicht zu. Zum Teil bedürfe es wegen anderer Lösungsmöglichkeiten nicht einmal eines Zurückgreifens auf das Institut der Verwirkung, so im Kostenrecht wegen der Jahresfrist des § 5 GKG (a. F.) und im Zwangsvollstreckungsrecht wegen der Erinnerung nach §§ 809, 766 ZPO. Im übrigen sei bei Untersuchung der Frage, ob ein Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses bzw. der Beschwer vorliege, eine saubere Trennung materiell-rechtlicher und prozessualer Gesichtspunkte erforderlich. Nur wenn ein selbständiger Vertrauensbestand im prozessualen Bereich entstehe, sei für eine „Verwirkung“ i. S. eines mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses bzw. einer mangelnden Beschwer Platz.

Baumgärtel geht zutreffend davon aus, daß der Verwirkung als allgemeiner Rechtsgrundsatz neben den positiv-rechtlichen Einzelnormen der §§ 5 GKG, 809, 766 ZPO nur subsidäre Bedeutung zukommen kann⁶⁶. Der praktische Anwendungsbereich dieser Bestimmungen ist jedoch sehr gering. § 5 GKG, der ebenso wie § 18 GKG (a. F.) den Willen des Gesetzgebers erkennen läßt, daß längere Zeit nach Abwicklung des Verfahrens die Kostenfrage nicht erneut aufgegriffen werden soll⁶⁷, regelt ausschließlich die „wegen irrigen Kostenansatzes“ erforderliche Nachforderung von Gerichtsgebühren. Der Versuch Baumgärtels, den herkömmlich als „Verwirkung“ bezeichneten Rechtsgedanken durch das Institut des Rechtsschutzbedürfnisses zu ersetzen, kann m. E. nicht befriedigen. Zwar wird auch hier der geltend gemachte Rechtsbehelf nicht als unbegründet, sondern schon als unzulässig abgewiesen. Diese schon vom Oberlandesgericht Düsseldorf⁶⁸ vertretene und von Stein-Jonas-Schönke⁶⁹ ohne Begründung wiederholte Auffassung geht schon deswegen fehl, weil der prozeßtechnische Zweck des Rechtsschutzbedürfnisses, den Richter der Sachprüfung zu entheben, bei der „Verwirkung“ nicht durchgeführt werden kann. Für die Verwirkung reicht auch nach Auffassung Baumgärtels⁷⁰ der bloße Zeitablauf nicht aus, sondern der Richter muß auf alle besonderen Umstände des Einzelfalles, aus denen sich ein Treueverstoß ergeben kann, eingehen.

Aus dem gleichen Grunde muß bezweifelt werden, daß eine „Ver-

⁶⁶ Ebenso Siebert S. 245; Stich S. 327.

⁶⁷ Der nach Neufassung des GKG an die Stelle von § 5 getretene § 6 knüpft bezeichnenderweise an die Fristbestimmung des § 23 GKG an.

⁶⁸ JW 1932 S. 2895 und 1938 S. 537.

⁶⁹ Vgl. § 567 Bem. IV 3.

⁷⁰ S. 449.

wirkung“ prozessualer Befugnisse nur dann anerkannt werden könne, wenn der Vertrauenstatbestand im prozessualen Bereich liege. Das übersieht auch Stich⁷¹, der sich im wesentlichen der Auffassung Baumgärtels anschließt. Eine Verwirkung der Klagebefugnis sei nur in dem seltenen Fall denkbar, in dem sich die Vertrauensgrundlage ausschließlich auf die Klagebefugnis beziehe, das materielle Recht in seinem Bestand aber unberührt bleibe. Andere Überlegungen müßten daher für die Rechtsmittel gelten, da sie, wie etwa dem Vertreter des öffentlichen Interesses, auch demjenigen Prozeßbeteiligten zustünden, der kein materielles Recht geltend mache. Eine Verwirkung der Rechtsmittel sei deshalb möglich, sofern die kurzen Rechtsmittelfristen dem nicht entgegenstünden, d. h. immer dann, wenn die Rechtsmittelfrist wegen fehlerhafter Rechtsmittelbelehrung nicht zu laufen beginne⁷². Das wichtigste Anwendungsgebiet des Verwirkungsgedankens im Verwaltungsstreitverfahren bleibe das Kostenrecht mit seinen nicht befristeten Rechtsbehelfen. Stich betont ebenso wie Baumgärtel die Subsidiarität des Verwirkungsgedankens, die im Interesse der Rechtssicherheit und damit der Gerechtigkeit zu beachten sei.

Gegen die Auffassung Baumgärtels und Stichts, die eine „Verwirkung“ prozessualer Befugnisse nur dann für möglich halten, wenn der Vertrauenstatbestand auch im prozessualen Bereich liege, müssen erhebliche Bedenken geltend gemacht werden: Baumgärtel selbst hält eine „Reflexwirkung“ des materiell-rechtlichen Bereichs lediglich für möglich⁷³. Tatsächlich kann aber ein unter prozessualen Gerichtspunkten treuwidriges Verhalten bei den prozessualen Angriffsrechten, wie der Klagebefugnis, kaum gedacht werden, ohne daß nicht auch eine aus materiell-rechtlichen Gründen „unzulässige Rechtsausübung“ begehrt wird. In jedem Fall muß deshalb auch auf den materiell-rechtlichen Inhalt der mit dem betreffenden Rechtsbehelf angegriffenen Entscheidung zurückgegangen werden⁷⁴. Eine Trennung des Sachverhalts in einen materiell-rechtlichen und einen prozessualen Vertrauenstatbestand erscheint kaum möglich, ist aber auch nicht erforderlich. Die treuwidrig begehrte Sachentscheidung ist zugleich ein Indiz für die prozessuale Unzulässigkeit des Rechtsbehelfs. Die prozessualen Angriffsrechte sind zu sehr vom materiellen Recht, das sie durchsetzen wollen, überlagert. Im Hinblick auf das Verwirkungsproblem ergeben sich somit keine Abweichungen von den zur materiell-rechtlichen Verwirkung erarbeiteten Grundsätzen.

⁷¹ S. 329.

⁷² S. o. S. 37 Anm. 3.

⁷³ S. 433.

⁷⁴ Vgl. besonders die Entscheidungen des OLG Dresden in JW 1938 S. 3161 und des KG in JW 1939 S. 170. Bezüglich des Verwaltungsstreitverfahrens vgl. neuerdings BVerwG MDR 1958 S. 628.

§ 3. Die „Verwirkung“ von Verfahrensrügen

I. Die Bedeutung der §§ 295, 530, 558 ZPO für das Problem im Bereich des Zivilprozeßrechts

Die Untersuchung des Verwirkungsproblems im Prozeßrecht legt die Frage nahe, inwieweit auch eine Verwirkung prozessualer Befugnisse und Verfahrensmängel, die ihrerseits einen Rechtsbehelf (Revision) ausfüllen, innerhalb eines schwebenden Verfahrens eintreten kann. Dieses für das Strafprozeßrecht bedeutsame Problem wird für den Bereich des Zivilprozeßrechts lediglich von Baumgärtel⁷⁵ erörtert. Nach Meinung Baumgärtels läßt sich für die Anwendbarkeit des Verwirkungsgedankens im Zivilprozeßrecht aus dem Gesetz nichts entnehmen. Allenfalls könne man in der Präklusionswirkung der Bestimmungen der §§ 616 ZPO, 17 MSchG und 54 PatG eine Art Verwirkung sehen⁷⁶. Innerhalb einer Instanz sei die Verwirkung einer prozessualen Befugnis schon deshalb so gut wie ausgeschlossen, weil es in der Regel an einem längeren Zeitablauf fehle⁷⁷.

Dem letztgenannten Argument ist entgegenzuhalten, daß das Fehlen einer größeren Zeitspanne für sich allein kein unüberwindliches Hindernis für eine Heilung von Verfahrensmängeln darstellen sollte, da im Interesse eines möglichst unbehinderten und darum schnellen Prozeßganges ein alsbaldiger Verlust des Rügerechts wünschenswert ist. Entsprechend der Eigenart des Prozeßrechts müssen neben dem Vertrauensschutz auch andere Gesichtspunkte, wie etwa der der Prozeßökonomie, berücksichtigt werden.

Dieses Bedürfnis hat die ZPO auch anerkannt. Verfahrensmängel sind nach der ZPO grundsätzlich heilbar. So können z. B. Zustellungsmängel nach § 187 ZPO, sogenannte prozeßhindernde Einreden nach § 274 Abs. I, III ZPO im Laufe des Verfahrens unbeachtlich werden. In allgemeiner Form ist der Verlust von Verfahrensrügen in § 295 ZPO ausgesprochen. § 295 ZPO bestimmt, daß verzichtbare Verfahrensmängel durch Rügeverzicht oder Rügeverlust der Parteien wirkungslos werden. Der Verlust in unterer Instanz gilt auch für die höhere. Daneben können Rügemöglichkeiten, abgesehen von der nachträglichen Beseitigung des Fehlers oder durch Verzicht auf den Rechtsbehelf (§§ 346, 514, 566 ZPO) auch durch Verlust des Rechtsbehelfs infolge Fristablaufs (§§ 339, 508, 516, 532, 586 ZPO) verloren gehen. Also spätestens mit der Unanfechtbarkeit der Entscheidung, der die fehlerhafte Prozeßhandlung zugrundeliegt, wird, worauf Rosenberg⁷⁸ mit Recht aufmerksam macht, jeder Mangel unbeachtlich.

Innerhalb der Berufungs- und Revisionsinstanz kann das Rügerecht

⁷⁵ Vgl. o. Anm. 63.

⁷⁶ S. 427 unter Berufung auf Bötticher, Festgabe für Rosenberg (1949), S. 76 bezüglich § 616 ZPO.

⁷⁷ S. 434.

⁷⁸ § 74 III 2 a.

nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift ebenfalls nicht zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden. In der Berufungsinstanz tritt der Rügeverlust mit der ersten mündlichen Verhandlung bzw. im rein schriftlichen Verfahren mit Vollzug der ersten schriftlichen Äußerung ein (§ 530 i. V. m. § 295 ZPO). Der Revisionskläger verliert das Rügerecht sogar schon mit Ablauf der Revisionsbegründungsfrist (§§ 554 Abs. VI, 559 ZPO). Die Norm des § 554 Abs. VI ZPO gestaltet insoweit § 295 ZPO für die Revisionsinstanz besonders aus⁷⁹. Spätere Rügen des Rechtsmittelklägers wird man deshalb, falls man nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für zulässig hält⁸⁰, auch bei unverschuldeter Unkenntnis des Rechtsmittelklägers nicht gestatten können⁸¹.

Die von Baumgärtel⁸² erwähnten §§ 616 ZPO, 17 MSchG, 54 PatG gehören — genau genommen — nicht in diesen Zusammenhang. Außer der stets gegebenen Präklusionswirkung werden nicht zuletzt sachliche Nebenwirkungen verfolgt, die nicht nur im Hinblick auf die Zukunft den Zeitablauf berücksichtigen, sondern in die Vergangenheit wirken. Es handelt sich hierbei um Vorschriften, die die allgemeine Rechtskraftwirkung verstärken⁸³ und eine Erneuerung des Rechtsstreits auf gleicher Grundlage und mit gleichen Mitteln verhindern sollen. Diese Zweckbestimmung wird besonders bei § 54 PatG deutlich, der den Kläger zum Schutz eines u. U. wirtschaftlich schwachen Gegners praktisch zu vorheriger Klagehäufung zwingt⁸⁴.

Anders verhält es sich mit dem Verlust der Rüge von Verfahrensmängeln nach den Vorschriften der §§ 295, 530, 558 ZPO. Diese wollen den Berechtigten lediglich zu baldiger Benutzung des Rügerechts anhalten. Die Bestimmung des § 295 ZPO ist keine gesetzliche Frist im üblichen Sinne. Zwar ist ein Motiv der Nichtrüge, etwa ein Verzichtswille, nicht erforderlich⁸⁵. Außer dem Zeitablauf schenkt das Gesetz aber noch anderen Umständen Beachtung. Es muß sich zunächst um die Verletzung von Verfahrensvorschriften handeln, auf deren Befolgung eine Partei wirksam verzichten kann (§ 295 Abs. II ZPO). Darin stimmt übrigens auch § 274 Abs. III ZPO überein. Darüber hinaus verlangt § 295 ZPO bei mündlicher Verhandlung, daß die rügeberechtigte Partei im nächsten Termin überhaupt erschienen ist und verhandelt hat. Außerdem muß der Verfahrensmangel der rügeberechtigten Partei bekannt oder schuldhaft unbekannt gewesen sein.

Andererseits können nur die oben genannten Voraussetzungen zum

⁷⁹ Wieczorek § 295 Bem. A.

⁸⁰ So aber Stein-Jonas-Schönke § 554 Bem. V 1; a. A. RGZ Bd. 121 S. 5 f.

⁸¹ Einschränkend Wieczorek § 554 Bem. D III c 2.

⁸² A. a. O.

⁸³ Vgl. Wieczorek § 616 Bem. A mit Nachw.

⁸⁴ Vgl. die amtl. Begr. zu § 54 PatG.

⁸⁵ Vgl. Rosenberg § 75 Abs. II b S. 331; Stein-Jonas-Schönke § 295 Bem. III 2.

Verlust des Rügerechts führen. Daraus folgt, daß keine der in § 295 ZPO enthaltenen Voraussetzungen fehlen darf und etwa durch einen anderen als gesetzlich normierten Einzelumstand ersetzt werden kann. Die besonderen Umstände des Einzelfalles sind einer richterlichen Würdigung unzugänglich. Damit ist die für den herkömmlichen Verwirkungstatbestand typische und dem richterlichen Ermessen unterworfenen objektive Wertung aller Umstände ausgeschlossen. Die positiv-rechtliche Regelung der Rügeheilung durch Zeitablauf in den genannten Bestimmungen der ZPO kann deshalb — jedenfalls zunächst — nur als prozessuale Sonderregelung gelten.

II. Die „Verwirkung“ von Verfahrensrügen im Strafprozeß — Ausblick auf das Problem

Im Gegensatz zu den Arbeiten zur Verwirkung im Zivilprozeß und Verwaltungsstreitverfahren befassen sich die strafprozessualen Arbeiten von Jescheck⁸⁶ und Wolff⁸⁷ mit der für die Revision wichtigen „Verwirkung“ von Verfahrensrügen: Dem Angeklagten bzw. seinem Verteidiger wird das Recht, gegen die Nichtbeachtung gewisser Verfahrensvorschriften die Revisionsrüge zu erheben, dann nicht zuerkannt, wenn er weiß oder wissen muß, daß diese Vorschriften verletzt sind und er in der Hauptverhandlung ausreichend Gelegenheit hatte, sich gegen den Verstoß zur Wehr zu setzen⁸⁸. Ist der Beschwerdeführer trotzdem untätig geblieben, so hat er die Verfahrensrüge „durch Schweigen verwirkt“⁸⁹. Dieser Tatbestand, der in seiner allgemeinen Formulierung die Fülle der Unklarheiten ahnen läßt, ist von Jescheck⁹⁰ unter Berufung auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Darmstadt⁹¹ dahin modifiziert worden, daß die erhobene Verfahrensrüge nur dann verworfen werden könne, wenn ausnahmsweise festzustellen sei, daß der Beschwerdeführer den Formfehler selbst herbeigeführt habe in der Absicht, hierauf später die Revision zu stützen. Offenbar bestehen hier zwei Gruppen der Verwirkungstatbestände⁹², deren eine sich von der anderen dadurch abhebt, daß schon die bloße Untätigkeit zum Verlust der Verfahrensrüge führt. Während in einem Fall die „arglistige“ Rügeunterlassung, der Verstoß gegen Treu und Glauben der Verlust der Rüge rechtfertigt, wird im anderen Falle der Rechtsgrund der „Verwirkung“ überhaupt nicht erkennbar.

⁸⁶ Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß, JZ 1952 S. 400 ff. (grundlegend).

⁸⁷ Verwirken der Verfahrensrügen durch den Angeklagten, NJW 1953 S. 1656 ff.; vgl. auch Niese JZ 1953 S. 221 ff.

⁸⁸ A. a. O.

⁸⁹ Gage-Sarstedt S. 93.

⁹⁰ S. 402; vgl. bes. die Anm. z. einem Urteil des OLG Bremen vom 25. 2. 1953, GA 1953 S. 87 ff.

⁹¹ JR 1949 S. 515.

⁹² Ähnlich Henkel S. 435.

Hinzu kommen terminologische Unklarheiten, weil mehrere Begriffe zur Erläuterung des Begriffs „Verwirkung“ herangezogen werden. So spricht schon Jescheck in seinen grundlegenden Erörterungen von „Verwirkung“ in dem Sinne, „daß man eine Heilung des Verstoßes durch Schweigen annimmt oder das Beruhen des Urteils auf dem Mangel verneint oder den Gesichtspunkt der prozessualen Arglist heranzieht“⁹³. Daneben ist noch von „ausdrücklichem oder stillschweigendem Parteiverzicht auf die Rüge“ die Rede⁹⁴. Die Rechtsprechung und übrige Literatur äußert sich ähnlich vieldeutig⁹⁵.

Eine weitere Problematik ergibt sich daraus, daß nicht feststeht, welche Verfahrensrügen überhaupt verwirkungsfähig sind. Da der Weg über § 295 Abs. II ZPO wegen der angeblichen Verknüpfung dieser Vorschrift mit der Dispositionsmaxime für ungangbar gehalten wird⁹⁶, hat Wolff eine Vierteilung der Verfahrensvorschriften in die „Gruppen der grundlegenden, schützenden, wegweisenden (methodischen) und ordnenden Vorschriften“ vorgenommen. Nur bei schützenden und wegweisenden Vorschriften sei eine Verwirkung überhaupt möglich. Abgesehen von dieser wenig praktikablen⁹⁷ Scheidung der verwirkungsfähigen von den nicht verwirkungsfähigen Verfahrensvorschriften ist damit noch nicht die Frage nach dem „tragenden Rechtsgedanken“ der „Rügeverwirkung“ beantwortet, wenn man nicht von vornherein unbesehen unterstellen will, daß er von der gleichen Beschaffenheit ist, wie der Rechtsgrund der materiell-rechtlichen Verwirkung. Bezeichnenderweise verlangen Jescheck und Wolff für den Tatbestand der Rügeverwirkung außer dem objektiven Element der Untätigkeit (Nichtzüge) auch ein subjektives Element, nämlich die Kenntnis bzw. die schuldhaftes Unkenntnis des Beschwerdeführers von dem Verfahrensverstoß. Ähnlich wie bei der Verwirkung im materiell-rechtlichen Bereich und ihrer Ausstrahlung auf die prozessualen Rechtsbehelfe erstreckt sich nach dieser Auffassung die Prüfung also auf objektive und subjektive Umstände. Aufgabe der Arbeit ist es deshalb zu prüfen, ob es im Prozeßrecht nicht schon ein objektives Rechtsinstitut gibt, das für sich allein den Verlust bestimmter Verfahrensrügen rechtfertigt. Sollte — wie bei den §§ 295, 530, 558 ZPO — ein Rügeverlust bereits innerhalb der Tatsacheninstanz anzuerkennen sein, kann er für die Revisionsinstanz als solche keine Rolle mehr spielen. Eine Verfahrensverletzung liegt dann eben nicht vor und kann somit auch der Revisionsbegründung nicht mehr dienen. Zugleich wäre mit einer solchen zeitlichen Einordnung viel für eine u. U. erforderliche Ab-

⁹³ S. 400.

⁹⁴ S. 401.

⁹⁵ Nähere Nachw. s. u. S. 74, 85.

⁹⁶ So zuerst Niese, Prozeßvoraussetzungen und -hindernisse und ihre Feststellung im Strafprozeßrecht, DRZ 1949 S. 505 ff. (506). Vgl. sodann Jescheck S. 400, Henkel S. 435, Schmidt § 337 Erl. 64.

⁹⁷ Ebenso Schmidt § 337 Erl. 67.

grenzung gegenüber ähnlichen Rechtswirkungen im Bereich der Revisionsinstanz gewonnen.

Es entspricht dem Wesen eines jeden Verfahrens, daß Prozeßhandlungen von den Prozeßbeteiligten zur rechten Zeit vorgenommen werden. Anders wäre eine zielstrebige, für eine Vielzahl von Einzelfällen gedachte Verfahrensordnung überhaupt nicht durchzuführen. Es überrascht deshalb nicht, daß — abgesehen von den gerade im Prozeßrecht häufigen Frist- und Zeitbestimmungen — sich die ZPO für eine umfassende Heilung von Verfahrensmängeln bereits innerhalb der Instanz⁹⁸, in der sie unterlaufen, ausspricht (§ 295 ZPO). In der Strafprozeßordnung wird man vergeblich nach einer dem § 295 ZPO entsprechenden Bestimmung suchen⁹⁹. Die Strafprozeßordnung scheint stattdessen den prozeßtechnisch umgekehrten Weg für die Beschwerde gegangen zu sein, indem sie Entscheidungen des erkennenden Gerichts, die der Urteilsfällung vorausgehen, mit einigen Ausnahmen grundsätzlich der Anfechtung entzieht (§ 305). Umgekehrt wiederum verhält es sich mit gewissen, der Durchführung des Hauptverfahrens dienenden Vorschriften, die einen Verfahrensmangel als geheilt betrachten, wenn er nicht bis zu einem gewissen Zeitpunkt geltend gemacht worden ist. Allerdings ist diese Möglichkeit genau umrissen und nur für wenige Einzelfälle vorgesehen: So ist z. B. der Mangel der örtlichen Zuständigkeit geheilt, wenn der Angeschuldigte den Einwand der Unzuständigkeit nicht bis zum Schluß der Voruntersuchung oder, wenn eine solche nicht stattgefunden hat, bis zur Verlesung des Eröffnungsbeschlusses erhoben hat (§ 16). Die Ablehnung eines iudex suspectus ist nur bis zu dem in § 25 StPO genannten Zeitpunkt zulässig. Die Nichteinhaltung der Ladungsfrist endlich kann dadurch geheilt werden, daß der Angeklagte oder sein Verteidiger bis zum Beginn der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses nicht die Aussetzung der Verhandlung verlangt (§ 217 Abs. II).

Die Möglichkeit einer Heilung von Verfahrensverstößen im Verlaufe eines Verfahrens bedeutet für den Rügeberechtigten zugleich eine Befristung der Rügemöglichkeit. Sobald der Verfahrensverstoß als geheilt angesehen werden muß, kann er nicht mehr gerügt werden. Es erhebt sich damit die Frage, weshalb eine Verfahrensverletzung, die u. U. ein wahres und gerechtes Urteil verhindert, nach Ablauf einer gewissen Zeit nicht mehr geltend gemacht werden kann. Oder kann der Rügeverlust nur bei solchen Verfahrensvorschriften zugelassen werden, die nicht oder doch nicht vorwiegend der Wahrheitserforschung dienen? Ein

⁹⁸ Vgl. den Wortlaut der §§ 530, 558 ZPO.

⁹⁹ Lediglich für das Wiederaufnahmeverfahren bestimmte § 399 Ziff. 5 Satz 2 StPO a. F., daß in den vor den Schöffengerichten verhandelten Sachen nur solche Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden könnten, „welche der Verurteilte in dem früheren Verfahren einschließlich der Berufungsinstanz nicht gekannt hatte oder ohne Verschulden nicht geltend machen konnte“.

Rechtsmittel, das wie die Revision auch der Gerechtigkeit dienen will¹⁰⁰, scheint auf den ersten Blick dem Verlust von Verfahrensrügen keinen Raum zu bieten. In der Tat erscheint es mit der Gerechtigkeit unvereinbar, daß ein unter Verletzung von Verfahrensnormen zustandegewonnenes Urteil, auf denen es „beruht“ (§ 337 Abs. I), durch das Revisionsgericht überhaupt anerkannt werden darf, ja Verfahrensrügen, die eigentlich zur Revision zugelassen sind, durch den Revisionsrichter sogar unberücksichtigt bleiben müssen¹⁰¹. Alle diese Fragen können nur dann beantwortet werden, wenn geklärt ist, in welcher Beziehung Rügeverlust und Prinzip der materiellen Wahrheit zueinander stehen.

¹⁰⁰ Nach Schwinge S. 29 ff., 244 soll die Revision aus förmlichen Gründen als „höchst wirksamer Behelf gegen Gewissenlosigkeit, Nachlässigkeit und Untüchtigkeit“ in erster Linie den Tatrichter zu sorgfältiger Einhaltung der Prozeßgesetze erziehen, also vorwiegend die Einheit der Rechtsprechung wahren. Erst beide Zwecke gemeinsam — Wahrung der Rechtseinheit und gerechte Entscheidung des Einzelfalles — ergeben das eigentliche Ziel der Revision. Eins ohne das andere läßt sich nicht verwirklichen. Ebenso v. Hippel S. 582; Löwe-Rosenberg Bem. D I 1 v. § 296; Peters S. 512. Nur unter dieser Voraussetzung kann die Revision aus verfahrensrechtlichen Gründen überhaupt zu Recht bestehen. Ein Rechtsmittel, das keine — auch für den Betroffenen — bessere Entscheidung schaffen kann, ist nutzlos. Auch das revisionsgerichtliche Urteil muß zu einer wahrheitsentsprechenden, gerechten Entscheidung führen.

¹⁰¹ Vgl. besonders Schmidt § 238 Erl. 29 a. E. Zur Problematik der durch § 338 geschaffenen Fiktion vgl. unten S. 76 ff.

Dritter Teil

„Verwirkung“ oder „prozessuale Überholung“ von Verfahrensrügen?

§ 1. Die Erforschung der Wahrheit als erste Aufgabe des Strafprozesses

Schon das äußere Erscheinungsbild eines Strafverfahrens macht deutlich, welche Beachtung eine Verfahrensordnung der Erforschung des wahren Sachverhalts schenken muß. Im Strafverfahren soll ein Urteil des Gerichts darüber ergehen, ob jemand Strafe verdient hat. Ein Ankläger tritt auf, der eine bestimmte Person einer strafbaren Handlung bezichtigt und ihre Verurteilung verlangt. Der Beschuldigte wird versuchen, die Verurteilung abzuwehren oder doch eine möglichst milde Strafe zu erhalten. Ankläger und Beschuldigter treten somit regelmäßig mit einander widerstrebenden Interessen gegenüber. — Dem entspricht auch der sachliche Fortgang eines Strafverfahrens. Die Anklage erscheint als eine Behauptung, die zur Erforschung der Wahrheit hinführen soll. Diese Wahrheitsbehauptung wird sodann seitens des Gerichts im Eröffnungsbeschuß aufgegriffen und muß sich im Verlauf des Strafverfahrens erst bewähren. Dem Gerichtsurteil gehen andere Wahrheitsurteile, auch solche der übrigen Prozeßbeteiligten, voraus, so daß Sauer¹ die gesamte Prozeßgestaltung mit Recht „einen einzigen großen, sich unaufhörlich entwickelnden Urteilszusammenhang“ nennen kann. Erst das Gerichtsurteil schließlich enthält das nach der Überzeugung des Gerichts endgültige Wahrheitsurteil. Dieses ermöglicht die Rechtsanwendung, die Subsumtion des als wahr erkannten Sachverhalts unter die Rechtsnorm. Die Wahrheit wird zur „Vorfrage der Gerechtigkeit“², denn nur der wahre Schuldige darf bestraft werden und nur die wirkliche Kenntnis aller Umstände ermöglicht eine gerechte Strafe.

Diese Einsicht in die Aufgabe des Gerichts als eine über dem Streit der Parteien und dem Prozeßstoff stehende Instanz hat in der StPO eindeutigen Ausdruck gefunden: Die Forderung nach materieller Wahrheit verlangt zunächst, daß das Gericht gegenüber den Anträgen und Einflüssen der übrigen Prozeßbeteiligten grundsätzlich frei sei³. In allgemeiner Form sprechen dies §§ 155 Abs. II, 264 Abs. II aus. Danach ist das Gericht im Rahmen der Anklage und unabhängig von den gestellten

¹ Allgem. Prozeßrechtslehre S. 105.

² Allgem. Prozeßrechtslehre S. 267.

³ Vgl. hierzu und zum folgenden Rosenfeld S. 48 ff. Die Freiheit des Gerichts wird selbstverständlich nur geschützt, soweit sie dem Prozeßzweck und einer fairen Prozeßführung dienlich ist, wie z. B. § 244 Abs. III beweist. S. dazu näher unten S. 62.

Anträgen zu einer selbständigen Tätigkeit berechtigt und verpflichtet. Geständnis und Verzicht seitens einer Prozeßpartei, die den Prozeßstoff außer Streit setzen und das Gericht weiterer Nachprüfung entheben, sind der StPO unbekannt. Die Entscheidungsfreiheit des Gerichts wird auch in anderen Bestimmungen betont (vgl. §§ 202, 206, 239 Abs. II). Die Unabhängigkeit des Gerichts bedeutet selbstverständlich nicht, daß auf die tatkräftige Mitwirkung der übrigen Prozeßbeteiligten verzichtet werden müßte. Welcher gesetzliche Anteil diesen an der Wahrheitsfindung zweckmäßig zuzubilligen ist, ist das Kernproblem einer jeden Prozeßgesetzgebung. Um die Frage, wie diese Aufgabe am besten zu lösen sei, kreist die letzte große Reform des Strafverfahrens, die vom Inquisitions- zum Akkusationsverfahren geführt hat. Die durch den Grundsatz der Waffengleichheit⁴ näher umschriebene „kontradiktorische“ Gestaltung des Strafverfahrens zwischen Ankläger und Angeklagtem bzw. Verteidiger ist danach das bestmögliche Mittel, um die materielle Wahrheit zu finden⁵.

Mit dem Prinzip der materiellen Wahrheit ist schließlich die Freiheit des Gerichts in sachlicher Hinsicht untrennbar verknüpft. Das Gericht kann den wirklichen Sachverhalt nur dann finden, wenn es in der Sachleitung (§ 238) und in der Beweiswürdigung (§ 261)⁶ möglichst frei ist. Nach alledem muß das Gericht in der Verfügungsmacht über alle⁷ Beweismittel, ohne zeitlich behindert zu sein (§ 246 Abs. I), möglichst freie Hand haben. Die hierfür notwendige Zwangsgewalt ist dem Gericht durch bestimmte gesetzliche Zwangsmaßnahmen, wie z. B. Beschlagnahme und Durchsuchung (§§ 94 ff.) verliehen⁸. Mit dem Streben nach möglichst zutreffender Erfassung des Prozeßstoffs hängen auch die Bestimmungen zusammen, die von der älteren Strafprozeßrechtslehre⁹ mit dem Begriff des „favor defensionis“ gekennzeichnet worden sind. Die Überlegenheit

⁴ Wohl zuerst Zachariae, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens (1846), S. 272, 278; aufgenommen von Mittermaier S. 286 ff.; Ullmann S. 21; Rosenfeld S. 50 f.; Beling S. 35, 136. Z. T. wird unter diesem Begriff unrichtig „Parteiengleichheit“ verstanden, vgl. Planck S. 36, 169 ff.; Birkmeyer S. 143 ff., so daß ihn v. Kries S. 220; Graf zu Dohna S. 49 f. ablehnen.

⁵ Vgl. Eb. Schmidt, Staatsanwaltschaft u. Gericht, Probleme der Strafrechtserneuerung (Festschrift f. Eduard Kohlrausch), Berlin 1944, S. 263 ff.; vgl. besonders die S. 279 Anm. 51 angeführte Reformliteratur.

⁶ § 264 Abs. II verhindert eine Bindung des Gerichts in der rechtlichen Beurteilung des Prozeßstoffs.

⁷ § 244 Abs. II.

⁸ Vgl. hierzu im einzelnen Niese S. 48 ff. Bemerkenswert an diesen Zwangsmaßnahmen ist, daß sie zwecks „Erforschung der Wahrheit in die materielle Sphäre der davon Betroffenen eingreifen“ (Niese a. a. O.). Außer den bei Niese unter a) und b) erwähnten Vorschriften müssen noch die §§ 236, 330 (Zwangsgestellung des Angeklagten) und § 247 Abs. I Satz 1 (Zwangsentfernung des Angeklagten) hierher gerechnet werden.

⁹ Vgl. statt vieler Ullmann S. 236 f.

des Staates gegenüber der einer Straftat beschuldigten Privatperson erfordert eine Umgestaltung verschiedener Prozeßeinrichtungen zugunsten des Beschuldigten, die ausgleichend wirken und Widersprüche zwischen dem Urteilsinhalt und dem objektiven Sachverhalt vermeiden helfen soll¹⁰. Endlich dient auch die nach der StPO bestehende Möglichkeit, gegen das richterliche Urteil ein Rechtsmittel einzulegen, dem Prinzip der materiellen Wahrheit, da es dem Berechtigten auf diese Weise gestattet ist, das bereits ergangene Wahrheitsurteil anzufechten. Allerdings kann nicht übersehen werden, daß dem Anfechtungsberechtigten insoweit indirekt eine Prozeßherrschaft über den Prozeßstoff eingeräumt wird, da es ja von ihm abhängt, ob und inwieweit er von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen will.

In der so umrissenen Verfahrensgestaltung äußert sich zweifellos die Auffassung des Gesetzgebers, daß nur ein nach ihr ausgerichtetes Verfahren zur Erkenntnis des wahren Sachverhalts führen könne und daß die entsprechenden Verfahrensnormen deswegen einzuhalten seien. Betrachtet man unter diesem Gesichtspunkt den Verlust von Verfahrensrügen für die Revisionsinstanz, so bleibt nur die Schlußfolgerung: Ein Rügeverlust kann u. U. das endgültige Wahrheitsurteil verhindern. Der Rügeverlust bedeutet in diesem Fall eine Schranke des obersten Prozeßzwecks, der Erforschung der materiellen Wahrheit¹¹. Das Gesagte wird verdeutlicht durch einen Blick in das Beweisrecht. Soweit z. B. ein Beweismittel für das erkennende Gericht nicht gemäß § 245 StPO „herbeigeschafft“ ist, hat die Partei nach den Bestimmungen der StPO einen prozessualen Anspruch auf Beweiserhebung nur, soweit sie durch mündliche Willenserklärung in der Hauptverhandlung einen entsprechenden Beweis Antrag stellt. Hier erscheint die Forderung nach einer mündlichen Antragstellung und die Nichtbeachtung eines schriftlichen, vor der Hauptverhandlung vorgebrachten Antrages als unvereinbar mit dem Wahrheitsprinzip¹². Eine besondere Bedeutung für die Wahrheitsfindung kommt den sogenannten Beweismittelverboten zu¹³. Ein wichtiger Zeuge scheidet als Beweismittel aus, da er von seinem Recht zur Verweigerung der Aussage, etwa wegen § 55, Gebrauch macht. Hier verschließt das Gesetz einen u. U. Erfolg versprechenden Beweisweg. Die Wahrheitsfindung

¹⁰ Ullmann S. 237. So kann etwa die Verletzung von Rechtsnormen, die lediglich zugunsten des Angeklagten gegeben sind, von der Staatsanwaltschaft mit der Revision nicht zum Nachteil des Angeklagten geltend gemacht werden (§ 339). Vgl. im einzelnen noch §§ 263 Abs. I, 301, 302 Abs. I Satz 2, 338 Ziff. 8, 357, 362, aber auch §§ 160 Abs. II, 296 Abs. II.

¹¹ Dieses Argument gilt selbstverständlich insoweit nicht, als die Revision nicht der Wahrheit und Gerechtigkeit, sondern der Rechtseinheit dient. Wie unten S. 77 ff. noch nachzuweisen ist, entscheidet der Charakter der im Einzelfall verletzten Verfahrensvorschrift über den Zweck der Revision.

¹² Vgl. Alsberg-Nüse S. 6 f.

¹³ Vgl. unten S. 62 ff.

durch den Richter kann durch diese Regelung erschwert oder sogar unmöglich gemacht werden. Bevor eine Antwort darauf möglich ist, ob und inwieweit ein das richterliche Wahrheitsurteil beeinträchtigender Verlust von Verfahrensrügen gerechtfertigt ist, muß untersucht werden, wie diese und ähnliche Schranken der Wahrheitsfindung in unser Strafprozeßrechtssystem einzuordnen sind. Hierbei soll sich die Betrachtung in erster Linie auf die Erscheinungen beschränken, die in der prozessualen Sphäre der Parteien liegen.

§ 2. Die Grenzen der Wahrheitsfindung im geltenden Prozeßrecht

Es wurde bereits im Zusammenhang mit der Lehre von der materiellrechtlichen Verwirkung festgestellt, daß ein materielles Recht nicht schrankenlos geltend gemacht werden kann, da es die Existenz anderer materieller Rechte anerkennen muß. Erst in der Rücksicht auf andere Lebenswerte und Achtung der eigenen Beschränkung verwirklicht sich das Recht¹⁴. Es wäre deshalb nicht einzusehen, wenn nicht auch das Strafprozeßrecht einschließlich seiner der Wahrheitsfindung dienenden Vorschriften vor materiellen Rechtspositionen Halt machen müßte. Die Anerkennung einer Prozeßmaxime, wie sie das Prinzip der materiellen Wahrheit darstellt¹⁵, steht dem nicht entgegen, da es sich bei diesen nur um richtungsweisende Gedanken rechtspolitischer Art handelt. Sie sind lediglich als eine aus einem längeren geschichtlichen Prozeß gewonnene und zu Vergleichsmöglichkeiten geschaffene Arbeitshypothese wertvoll¹⁶. — Die staatlichen Machtbefugnisse, die den Strafgerichten zur Verwirklichung des Strafrechts verliehen sind, sind von der modernen Strafprozeßrechtslehre seit jeher nicht als unbeschränkt angesehen worden. Zumal auch die politische Freiheit des einzelnen allmählich eine immer größere Rolle spielte, durfte auch die Lehre nicht daran vorbeigehen, daß die zur Erreichung des Prozeßzwecks erforderlichen Machtmittel in die persönliche Sphäre des Beschuldigten und anderer in das Strafverfahren einbezogener Dritter tief eingreifen. Übereinstimmend wurde aber dieser Interessenkonflikt auch in seinen prozessualen Auswirkungen vom Boden des Staatsrechts aus beurteilt, indem etwa auf die höherrangigen ver-

¹⁴ Vgl. oben S. 32 ff.

¹⁵ Das wird häufig geleugnet, vgl. z. B. Westhoff S. 31. Die Idee der Gerechtigkeit, sowie die speziellere der materiellen Wahrheit, ergebe nur den Leitstern für die Prozeßprinzipien. Diese Unterscheidung, die offenbar den höheren Rang des Wahrheitsprinzips kennzeichnen will, ist hier ohne Bedeutung, da, wie unten noch zu zeigen ist, auch das Wahrheitsprinzip sich Einschränkungen durch andere Prozeßprinzipien gefallen lassen muß.

¹⁶ Sie können daher nicht als starre Formen, sondern nur als Regeln betrachtet werden, die häufig Ausnahmen dulden. Zur Einschränkung des Prinzips der materiellen Wahrheit durch andere Prozeßmaximen, vgl. unten S. 66 ff.

fassungsrechtlichen Normen aufmerksam gemacht oder die Anwendung von Zwang gegen den Beschuldigten durch seine „öffentlich-prozeßrechtliche Doppelstellung“¹⁷ erklärt wurde. Im Vordergrund aller Betrachtung stand somit der Strafprozeß als „Erscheinungsform gezügelter Staatsgewalt“¹⁸. Aber auch in neuerer Zeit beschränkt sich die Literatur, wenn es um das „Wesen des Strafprozesses“ oder sogar um die Erläuterung bestimmter „Verfahrensgrundsätze“ geht, auf staatsrechtliche Bemerkungen¹⁹. Auf Grund dieser einseitigen Betrachtungsweise wurde die Beschränkung der den Strafgerichten zugewiesenen Zwangsbefugnisse in erster Linie als die Beeinträchtigung staatlicher Macht im Spannungsverhältnis Staat—Einzelner empfunden. Zwangsläufig blieb diese Einstellung, die zudem noch durch positiv-rechtliche Hinweise des Verfassungsrechts begünstigt wurde, für die prozeßrechtliche Arbeit unfruchtbar. Das Wesen des Strafprozeßrechts kann nicht durch das der Staatsrechtslehre nützliche Machtprinzip, sondern nur durch selbständig entwickelte, der Eigenart des Prozeßrechts entsprechende Prinzipien gedeutet werden. Eine gerechte Prozeßgestaltung hat zwar die bereits vorgegebenen Schranken des Staatsrechts zu achten, muß aber im übrigen — dem Wesen des Prozeßrechts als Zweckmäßigkeitsrecht entsprechend — freieste Entfaltung gestatten, die lediglich eigenen, aus der Besonderheit des Prozeßrechts gegebenen Gesetzmäßigkeiten unterliegt. Mögen die beiden Rechtsbereiche sich auch gegenseitig stark beeinflussen, so ist doch eine saubere Scheidung zwischen staatsrechtlichen und prozeßrechtlichen Elementen notwendig, da es nicht um die staatsrechtlich begründeten Grenzen staatlichen Strafrechts, sondern um die hierdurch aufgestellten Schranken prozessualer Wahrheitsfindung geht. Diese Forderung²⁰ muß für die weitere Untersuchung dahin ausgedehnt werden, daß auch bei den Elementen, die sich im Strafprozeß einer möglichst umfassenden Wahrheitsfindung entgegenstellen, scharf nach ihrer materiell-rechtlichen oder prozessualen Herkunft zu trennen ist.

Wenn von den Schranken der Wahrheitsfindung im Strafprozeß die Rede ist, werden darunter in erster Linie die allgemeinen Grenzen

¹⁷ So z. B. Ullmann S. 2 f., 16 f., 236.

¹⁸ Rosenfeld Götschen Bd. I S. 22.

¹⁹ Vgl. z. B. Graf zu Dohna S. 2 f., aber auch Niese S. 16 ff. u. passim. Kritisch U. Westhoff, die im engeren Sinne treffend von einem „Ausfechten staatsrechtlicher Aufgaben auf strafprozessualen Gebiet“ spricht, die eine klare rechtsdogmatische Durchdringung des Strafprozesses verzögert habe.

²⁰ die sich auch für andere Probleme fruchtbar erweist, vgl. z. B. Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht (1939), S. 53 ff. (56) über das Verhältnis zwischen ärztlicher Schweigepflicht nach § 13 RÄrzteO und ärztlichem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Nr. 3 StPO; zu den Beziehungen zwischen materieller Rechtswidrigkeit und prozessualer Unbeachtlichkeit bei „doppel-funktionellen Prozeßhandlungen“ vgl. Niese S. 135 ff. (142).

menschlicher Erkenntnis verstanden, die jedes richterliche Wahrheitsurteil nur zu einem „Wahrscheinlichkeitsurteil“ werden lassen²¹. Diese sind nicht gemeint. Aber auch die Vernehmungsverbote, die die Willensfreiheit des Beschuldigten (§ 136 a) und des Zeugen (§ 69 Abs. III) schützen wollen, können nur bedingt hierher gerechnet werden, selbst wenn die Anwendung dieser Mittel im Einzelfall der Wahrheit dienen könnte. Nach allgemeiner Überzeugung kann das Wahrheitsurteil ausschließlich in einem „fair trial“, die Willensfreiheit und menschliche Würde des einzelnen nicht verletzenden Verfahren gefunden werden. Diese Wertbetrachtung muß als Fundament jedes rechtsstaatlichen Verfahrens anerkannt werden, die es verbietet, daß diese Vorschriften als Ausnahmen eines Verfahrensgrundsatzes angesehen werden. Das gleiche gilt von dem Recht des Beschuldigten, auf die gegen ihn erhobenen Anschuldigungen zu schweigen, aber auch von der übrigen Selbstbeschränkung der Strafverfolgung, die sich in strengen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der erforderlichen Zwangsmittel ausdrückt²².

I. Die aus dem materiellen Recht begründeten Beweismittelverbote

Als Schranken der Wahrheitsfindung sind jedoch unzweifelhaft andere gesetzliche Rücksichtnahmen anzuerkennen, die gleichfalls im außerprozessualen Raum wurzeln. Besteht das die Tatsacheninstanz abschließende Urteil im wesentlichen aus einem Wahrheits- und Gerechtigkeitsurteil und will das Strafverfahren zunächst die Wahrheit finden, so darf es schon auf dem Wege dorthin die Idee der Gerechtigkeit nicht mißachten. M. a. W. öffentliche und private Rechte des einzelnen dürfen nur im Rahmen des Notwendigen beeinträchtigt werden. Diese Gefahr besteht gerade dort, wo sich Gericht und Parteien am sichtbarsten um den Beweis der Schuld oder Unschuld des Angeklagten bemühen, auf dem klassischen Gebiet des Zeugenbeweises. Der Zeuge, der zur Verweigerung seiner Aussage berechtigt²³ oder verpflichtet (§ 54) ist und die Aussage verweigert, ist für Gericht und Parteien als Beweismittel nicht verwendbar. Seine Nichtvernehmung kann auch nicht nach § 245 beanstan-

²¹ Vgl. Sauer S. 105 f. Zum Einfluß der Beweismittel auf die richterliche Wahrheitsfindung vgl. K. Peters, Zeugenlüge und Prozeßausgang, Schriften der Akademie f. Deutsches Recht, Gruppe Strafrecht und Strafverfahren Nr. 7, Bonn 1939.

²² Vgl. z. B. die Vorschriften über Beschlagnahme und Durchsuchung, §§ 94 ff.

²³ §§ 52, 53, 53 a, 55. Vgl. ferner das beschränkte Zeugnisverweigerungsrecht der Abgeordneten nach Art. 47 BGG. Bezüglich des Zeugnisverweigerungsrechts für das nach Art. 38 BGG geschützte Wahlgeheimnis sind die Meinungen in der Literatur geteilt, vgl. Beling S. 27 und die bei Alsberg-Nüse S. 203 Bem. 21 zit. Schriftsteller. Ablehnend die Rechtsprechung des Reichsgerichts: RGRspr Bd. 6 S. 517; RGSt Bd. 63 S. 388.

det werden. Es ist das Verdienst Belings, die Bedeutung dieser Regelung als Grenze der Wahrheitsfindung im Strafprozeß erkannt zu haben²⁴. Die sachliche Begründung der als Verwertigungsverbote zu betrachtenden Beweismittelverbote ist unterschiedlich. Dem Wohl und den Interessen des Staates dient das Zeugnisverweigerungsrecht der Beamten und der übrigen in § 54 StPO genannten Personen. Sie dürfen über ihre Kenntnis, sofern diese der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit unterliegt, nur mit Genehmigung ihrer Dienstvorgesetzten aussagen. Der Ursprung dieses Beweismittelverbots ist das Staatswohl, wie sich eindeutig aus § 62 Abs. I BBG ergibt, wonach die Aussagegenehmigung nur versagt werden soll, „wenn die Aussage dem Wohle des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteil bereiten oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährden oder erheblich erschweren würde“. Die Persönlichkeitsphäre und die Rücksichtnahme des Zeugen auf besonders nahestehende Personen achten die §§ 52, 55. Durch ein Zeugnisverweigerungsrecht soll dem Zeugen in einem engeren (§ 55) und einem weiteren Sinne (§ 52) der demütigende Zwang der „Denunziation“ gegenüber Verwandten erspart bleiben²⁵. Allerdings fällt in § 55 im Gegensatz zu § 384 ZPO die Gefahr der Unehre als Verweigerungsgrund aus. Stattdessen verbietet § 68 a zum Ausgleich, wenn auch weniger weitgehend, derartige Fragen, falls sie nicht unerläßlich sind, überhaupt an den Zeugen zu richten²⁶. Die Geltung des Berufsgeheimnisses auch für das strafgerichtliche Verfahren erkennen §§ 53, 53 a an. Für die dort genannten Personen wird ein Zeugnisverweigerungsrecht hinsichtlich der in ihrer besonderen Vertrauensstellung erfahrenen Kenntnisse gewährleistet (vgl. ergänzend §§ 76, 96). — Die §§ 52, 53, 53 a und 55 werden für andere Beweisbereiche durch entsprechende Vorschriften ergänzt. Das Zeugnisverweigerungsrecht wäre m. E. nur unzulänglich geschützt, wenn nicht auch der körperlichen Untersuchung (§ 81 c), der Herausgabe (§ 95 Abs. II Satz 2) oder der Beschlagnahme (§ 97) entsprechende Schranken gezogen würden. Die

²⁴ Vgl. Ernst Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß, Strafrechtliche Abh. Heft 46, Breslau 1903. Vorzuziehen ist die von Alsberg-Nüse S. 89 ff. für die §§ 52 ff. gewählte Bezeichnung „Beweismittelverbote“, da diese Vorschriften den Beweis nicht gänzlich unmöglich machen, sondern nur bestimmte Beweismittel ausscheiden. Die von Alsberg-Nüse S. 90 f. zu den Beweisverboten gerechneten „Beweistatsachenverbote“ gehören überwiegend zu den Rechtsformalien, vgl. unten S. 64 ff.

²⁵ Beling S. 13. Die von Beling hierher gezählte und in § 55 enthaltene Befreiung von der „Selbstdenunziation“ erklärt sich aus dem nach geltendem Recht selbstverständlichen Grundsatz, daß sich niemand selbst zu belasten braucht, s. o. S. 62.

²⁶ Das Zeugnisverweigerungsrecht der §§ 52, 55 darf also heute nicht mehr, wie es das römische Recht tat, aus der Unglaubwürdigkeit des Verdachtzeugnisses hergeleitet werden: „Quia rei verae testimonium necessitudo personarum plerumque corrumpit“ (Paulus sent. V 15 § 3).

gleiche Ergänzung verfolgt das Verlesungsverbot des § 252, der das Zeugnisverweigerungsrecht auch für die Hauptverhandlung sichern will²⁷.

Mag die Begründung der Beweismittelverbote auch im einzelnen variieren, so kann doch festgestellt werden, daß sie ausnahmslos ihren gemeinsamen Ursprung in der Rücksichtnahme auf eine materielle Rechtsstellung des Betroffenen haben.

II. Die im Prozeßrecht wurzelnden Rechtsformalien

1. Im Gegensatz zu den Beweismittelverboten stehen die im wesentlichen aus prozessualen Erwägungen zu rechtfertigenden Wahrheits-schranken. Wenn man zunächst einmal von der Bedeutung des Zeitablaufs für den Strafprozeß absehen will, so handelt es sich um die Beachtung bestimmter Formen, die das Gesetz für die Ausübung der Beweistätigkeit der Prozeßbeteiligten innerhalb der Hauptverhandlung vorschreibt. Dem entsprechen in einem höheren Sinne auch diejenigen förmlichen Bindungen, innerhalb derer die über die einzelne Instanz hinausgehende Prozeßgestaltung nach den Bestimmungen der StPO sich verwirklichen muß. Da jedes Strafverfahren auf das richterliche Urteil abzielt, wäre es denkbar, daß eine allgemeine Verfahrensordnung sich mit einer Instanz begnügen würde. In diesem Fall wäre schon das richterliche Urteil selbst eine von den Parteien nicht zu beseitigende Schranke der Wahrheitsfindung. Da Fehlurteile jedoch nicht zu leugnen sind, wird eine nach Vollkommenheit strebende Verfahrensordnung sich entschließen müssen, Anfechtungsmöglichkeiten zuzulassen²⁸. Der Umfang, in dem dies geschieht, ist nicht nur für eine erneute rechtliche Beurteilung des Sachverhalts, sondern auch für seine wahrheitsgemäße Erkenntnis erheblich. Somit kann sich bereits die Ausgestaltung des Instanzenzuges im einzelnen Fall als Schranke der Wahrheitsfindung erweisen. Die gleiche Wirkung tritt übrigens dann ein, wenn der Geltungsbereich des Rechtsmittels ausdrücklich sachlich²⁹ oder personell (vgl. § 210 Abs. I) eingengt wird.

Der Gebrauch der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe ist wiederum an bestimmte Formvorschriften geknüpft, die von den Parteien beachtet werden müssen, wenn die Anfechtung der strafrichterlichen Entscheidung

²⁷ Einschränkung Peters S. 345, nach dessen Auffassung zwischen aktiver Mitwirkung — § 95 Abs. II — und passiver Duldung des Zeugnisverweigerungsberechtigten — § 97 — zu scheiden ist. Vgl. zu § 252 BGHSt Bd. 2 S. 99; RGSt Bd. 10 S. 375. Über die Problematik der Umgehung dieser Vorschrift durch Vernehmung der Verhörsperson vgl. Alsberg-Nüse S. 95 ff. mit Nachw.

²⁸ Eine andere Frage ist es, ob die zweite Instanz tatsächlich mit besserem Erfolg arbeitet. Vgl. dazu die zahlreichen Belege der bereits erwähnten Schrift von K. Peters, Zeugenlüge und Prozeßausgang.

²⁹ Vgl. z. B. § 305 Satz 1, der allerdings wegen der in Satz 2 geschaffenen Ausnahme nicht als belastend empfunden wird.

Erfolg haben soll. Wird hierbei die verlangte Form³⁰ nicht eingehalten, so wird das Rechtsmittel oder der Rechtsbehelf als unzulässig verworfen³¹, mag die Anfechtung der Entscheidung auch sachlich begründet sein. Mangelnde Beschwer der im übrigen anfechtungsberechtigten Partei kann die Erforschung der Wahrheit — freilich zu ihren Gunsten — ebenfalls verhindern³², da auch hier das Rechtsmittel oder der Rechtsbehelf als unzulässig verworfen wird. Eine nach dem Willen des Gesetzes unverbrüchliche Schranke³³ stellt schließlich die Erscheinung der Rechtskraft dar, mag die Partei sich ihr freiwillig durch Nichtbenutzung des Rechtsmittels oder notgedrungen infolge des erschöpften Instanzenzuges unterwerfen.

Innerhalb der einzelnen Instanz tauchen mannigfache formalisierende Erscheinungen prozessualer Herkunft auf. In erster Linie ist dabei an diejenigen Bindungen gedacht, die der Strafrichter aus dem Bereich des Zivil- oder Verwaltungsprozesses hinzunehmen hat. Soweit dort ergehende Urteile für und gegen alle wirken (Gestaltungsurteile), beziehen sie auch den Strafrichter ein³⁴. Die Rücksicht auf andere konkurrierende Verfahren ist auch sonst gewährleistet. Die in diesen, aber auch im strafprozessualen Verfahren geheimen Vorgänge der richterlichen Abstimmung und Beratung (§§ 193, 198 GVG) darf der Strafrichter durch Beweiserhebung grundsätzlich nicht antasten, sofern höher stehende Interessen dies nicht erfordern³⁵. Schutzobjekt ist, wie die §§ 193, 198 GVG erweisen, das die Unabhängigkeit der Richter (Art. 97 BGG) sichernde richterliche Beratungsgeheimnis. Das in anderen Verfahren wegen Gefährdung der Staatssicherheit oder eines Geschäfts- oder

³⁰ Schriftform: §§ 306 Abs. I, 314 Abs. I, 317, 341 Abs. I, 409 Abs. I, 413 Abs. IV.

Erklärung zu Protokoll: 306 Abs. I, 314 Abs. I, 317, 341 Abs. I, 345 Abs. II, 366 Abs. II, 373 a, 409 Abs. I, 413 Abs. IV.

Eine von einem Verteidiger oder Rechtsanwalt unterzeichnete Schrift: 345 Abs. II, 366 Abs. II, 373 a, 390 Abs. II.

³¹ Vgl. §§ 322 Abs. I, 346 Abs. I, 349 Abs. I, 368 Abs. I, 409 Abs. I, 413 Abs. IV.

³² Etwa wenn die revisionsrechtliche Aufklärungsrüge mit „verkehrter Front“ eingelegt wird, vgl. Gage-Sarstedt S. 127.

³³ Die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 282 c, 359 ff., 373 a, 390) bleibt auch ihren strengen tatbestandmäßigen Voraussetzungen nach eine Ausnahme.

³⁴ H. M.; vgl. z. B. Löwe-Rosenberg § 262 Anm. 8; Kleinknecht-Müller § 262 Anm. 1; Sauer S. 245. Einen Sonderfall regelt § 468 RAO, der das Gericht an die Entscheidung des Bundesfinanzhofs bindet, wenn diese das Bestehen oder die Verkürzung eines Steueranspruchs oder die Gewährung von Steuervorteilen betrifft und davon die Verurteilung wegen Steuerhinterziehung (§ 396 RAO) oder Steuergefährdung (§ 402 RAO) abhängt.

³⁵ Diese Ausnahme ist streitig. Vgl. im einzelnen Alsberg-Nüse S. 92 ff. Aus der Rechtsprechung vgl. RGSt Bd. 61 S. 217; OGHSt Bd. 1 S. 217, 222 f.

Betriebsgeheimnisses gem. § 174 Abs. II GVG ergangene Schweigegebot muß der Strafrichter gleichfalls achten³⁶, so daß die Vernehmung eines Zeugen über die unter das Schweigegebot fallenden Tatsachen unmöglich ist. Geht man davon aus, daß die Anwesenheit des Angeklagten auch der besseren tatsächlichen Feststellung des Sachverhalts nützen soll, so verzichtet die StPO in den Fällen, in denen sie seine Abwesenheit in Kauf nimmt, auf diesen Beitrag des Angeklagten zur richterlichen Wahrheitsfindung. Gleichwohl ist sich das Gesetz der Fragwürdigkeit dieses Verzichts bewußt, wenn es die Abwesenheit lediglich in Bagatellsachen (§§ 232, 276 ff., 387, 411 Abs. II, 413 Abs. IV) oder bei sonstiger nur geringer Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Angeklagten (§§ 233, 329) duldet.

Hinsichtlich der Form, wie der Beweis zu erheben sei, ist von Bedeutung die Fiktion der Wahrunterstellung (§ 244 Abs. III), die allerdings die Wahrheit der Urteilsgrundlagen nicht antastet. Sie vermag unwahre Tatsachen sowohl wegen mangelnder Beweiserheblichkeit also auch wegen fehlender Beweisbedürftigkeit zu verdecken³⁷. Bezüglich der Form der Beweiserhebung wird das Wahrheitsprinzip schließlich durch die bewährten Reste jener alten Beweistheorie³⁸ betroffen, die die Form des Zeugenbeweises und die Zulassung zu ihm für den Strafrichter zwingend vorschreiben. Ihr Ursprung ist in allgemein gerechtfertigten, jedoch im Einzelfall keineswegs immer zutreffenden „beweistechnischen Erwägungen“³⁹ zu suchen. Die Beweisregel der Preuß. Krim.-Ordnung vom 11. Dezember 1805 (§ 386), daß voller Beweis außer Geständnis nur durch zwei — klassische — Zeugen erbracht werden könne, ist freilich durch die geschichtliche Entwicklung des Strafverfahrens überholt⁴⁰. Im übrigen sind den Strafrichter verpflichtende Beweisbindungen und Präsumtionen aus dem heutigen Strafverfahren nicht ausnahmslos verbannt⁴¹.

Formalisierenden Einfluß auf das Wahrheitsprinzip äußert schließlich der Verfahrensgrundsatz der Mündlichkeit. Im Interesse der Parteien, denen alle belastenden und entlastenden Umstände noch einmal zur Erörterung offengelegt werden sollen, steht die Hauptverhandlung unter dem Grundsatz der Mündlichkeit. Es darf daher der Richter nur das bei Urteilsfindung verwerten, was in der Hauptverhandlung⁴² auch mündlich vorgetragen worden ist. Dafür müssen die Parteien auch den Nach-

³⁶ Str., Alsberg-Nüse S. 106 f.; a. A. Beling, Beweisverbote S. 27.

³⁷ Vgl. dazu Alsberg-Nüse S. 146 ff.

³⁸ Planck S. 195 ff. mit Nachw.

³⁹ Beling, Beweisverbote S. 5.

⁴⁰ An den Argwohn des Gesetzgebers erinnert jedoch § 87 Abs. I Satz 1, der dem Richter zwei Sachverständige an die Seite stellt.

⁴¹ Vgl. die in ihrer Bedeutung unterschiedlichen §§ 186, 190, 259 StGB. Die Beweisregel des § 274 StPO ist nur für das revisionsgerichtliche Verfahren von Bedeutung, s. Löwe-Rosenberg § 274 Anm. 4.

⁴² Zu dieser zeitlichen Schranke des § 261 s. u. S. 80.

teil dieser Regelung in Kauf nehmen, der zunächst darin besteht, daß die Prozeßhandlung, die die mündliche Form nicht beachtet, unwirksam ist. Im fortschreitenden Ablauf des Strafverfahrens bedeutet diese Konsequenz jedoch mehr als die bloße Unwirksamkeit der Prozeßhandlung. Es kann der mit der Prozeßhandlung verfolgte sachliche Zweck, kritisch auf die richterliche Urteilsbildung einzuwirken, nicht in die Tat umgesetzt werden. Dies kann sich u. U. zum Nachteil der Wahrheitsfindung auswirken⁴³. Die Tragweite dieser Überlegungen wird besonders an Hand des Beweisrechts offenbar. Gerade hier muß, einmal abgesehen von der Notwendigkeit der Antragstellung, die Vorschrift einer bestimmten Form mit dem Wahrheitsprinzip unvereinbar erscheinen. Trotzdem braucht der Strafrichter nach den Bestimmungen der StPO einen prozessualen Anspruch auf Erhebung eines bestimmten Beweises nur dann anzuerkennen, wenn er, soweit das Beweismittel nicht bereits gem. § 245 „herbeigeschafft“ ist, auch mündlich innerhalb der Hauptverhandlung zu Gehör gebracht worden ist. Zwar hat die Praxis⁴⁴ diese strenge Forderung dadurch abgemildert, daß sie schriftlich fixierte Beweisanträge, die in der Hauptverhandlung überreicht werden, als vorgetragen gelten läßt. Für andere Bereiche ist der Widerstreit von Wahrheitsprinzip und Mündlichkeitsprinzip dagegen noch unvermindert stark: Problematisch ist, wie der vor der Hauptverhandlung schriftlich gestellte Beweisantrag im einzelnen zu behandeln ist. Hier stellt sich die Frage, ob das Wahrheitsprinzip oder das Mündlichkeitsprinzip den Ausschlag geben soll. Verfehlt erscheint daher die von der Rechtsprechung⁴⁵ gewählte, auf subjektiven Momenten beruhende Begründung, daß in der Nichtwiederholung des Antrages in der Hauptverhandlung ein stillschweigender Verzicht des Verteidigers auf den Antrag zu erblicken sei. Heftig umstritten⁴⁶ ist auch die revisionsrechtliche „Rüge der Aktenwidrigkeit“, die bei „offensichtlicher“ Unrichtigkeit tatsächlicher Feststellungen die Gefahr, daß das Mündlichkeitsprinzip und damit der Gerechtigkeit überspannt wird, vermeiden soll.

Auf dem Gebiet des Urkundenbeweises kann die aus dem Mündlichkeitsprinzip zu erklärende Verlesungspflicht (§ 249 Satz 1) als Schranke der Wahrheitsfindung angesehen werden. Selbst die Vorlegung der Urkunde an alle Prozeßbeteiligten ist auf Grund der Verlesungs-

⁴³ Vgl. Alsberg-Nüse S. 8; Henkel JW 1932 S. 3102. Über die psychologische Hemmung der Wahrheitsfindung durch das Prinzip der Mündlichkeit und das damit untrennbar verbundene Prinzip der Öffentlichkeit vgl. Peters S. 447.

⁴⁴ BGH NJW 1953 S. 35; RGSt Bd. 59 S. 422; KGJW 1931 S. 235 mit Anm. Klefisch.

⁴⁵ Vgl. BGH v. 26. 10. 1954 — 2 StR 197/54 — zit. b. Alsberg-Nüse S. 185 Anm. 17 d; RGSt Bd. 75 S. 165.

⁴⁶ Vgl. einerseits Schwarz DJZ 1936 S. 215; Peters S. 516, 519; andererseits Alsberg-Nüse S. 7 f., Gage-Sarstedt S. 73 ff.

pflicht unzureichend⁴⁷, die Urkunde als Beweismittel nicht verwertbar. Wenn im Gegensatz dazu die Verlesbarkeit nichtrichterlicher Protokolle eingeschränkt⁴⁸ oder bezüglich der Leumundszeugnisse und anderer Zeugnisse und Gutachten als der öffentlicher Behörden die Verlesung überhaupt verboten wird (§ 256 Abs. I), so hat es den Anschein, daß auch hier die prozessuale Wahrheitsermittlung beeinträchtigt wird. Indessen wird die Aufforderung der §§ 155 Abs. II, 244 Abs. II an das Gericht, über alle Beweismittel frei zu verfügen, auf Grund des Unmittelbarkeitsprinzips nur abgewandelt. Die freie Wahl zur Verfügung stehender Beweismittel wird lediglich unmöglich. Die die Verlesbarkeit nichtrichterlicher Protokolle einschränkenden Bestimmungen verbieten nicht unbedingt den Urkundenbeweis, sondern sprechen nur den Vorrang des erreichbaren persönlichen Beweismittels vor dem sachlichen aus⁴⁹. Wenn die StPO im Verhältnis zwischen Tatzeugen und „Zeugen vom Hörensagen“ auch keinen Unterschied macht, so zieht sie doch das tatnähere persönliche Beweismittel dem sachlichen vor. Bemerkenswert deutlich wird diese Absicht an der Behandlung der subjektiv besonders gefährdeten schriftlichen Erklärungen des § 256. Leumundszeugnisse sowie andere Zeugnisse und Gutachten als die öffentlicher Behörden dürfen nur unter strengster Befolgung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes berücksichtigt werden, die eine Würdigung der Urteilstperson möglich macht⁵⁰. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit dient also nachgerade der Wahrheitsfindung. Die Möglichkeit, daß u. U. die Nichtverwertbarkeit der Urkunde die Wahrheit im Einzelfall verfehlt, darf dennoch nicht außer acht gelassen werden.

2. Wohl der entscheidendste formalisierende Einfluß im fortschreitenden Verfahrensablauf geht von den prozessualen Fristen und Terminen aus, mögen sie auch schon aus praktischen Erwägungen unumgänglich sein. Prozessuale Zeitbestimmungen legen das prozessuale Verhalten aller Beteiligten fest und machen jede Partei von dem guten Willen der anderen Partei, deren Mitwirkung sie bedarf, unabhängig. Ihrer Wirkung nach beschränken sie ferner die Anfechtbarkeit des bereits Geschehenen und sichern so den Fortgang des Verfahrens⁵¹. Es liegt auf der Hand, daß eine Verfahrensordnung sich dieser Eigenart sowohl

⁴⁷ So schon RGSt Bd. 9 S. 52.

⁴⁸ § 249 Satz 2 (nichtrichterliche Augenscheinseinnahme), §§ 250, 251 Abs. I (nichtrichterliche Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten), § 254 (nichtrichterliche Vernehmung des Angeklagten).

⁴⁹ BGH St Bd. 6 S. 209.

⁵⁰ Vgl. Hahn, Materialien zur StPO, 1. Abt. (1885) S. 195.

⁵¹ Vgl. Planck S. 181; Ullmann S. 269. Der Bedeutung der Zeit für die Prozeßhandlungen schenken besonders die älteren Strafprozeßrechtslehrbücher Beachtung, vgl. Glaser II S. 252 ff.; Ullmann S. 268 ff. Birkmeyer S. 542 ff., 554 ff.; Binding S. 181 ff.

zur Beschleunigung als auch zur Hemmung des Verfahrens bedienen kann. Fristen und Termine können die Prozeßbeteiligten zu schnellem prozessuellem Handeln nötigen, sie vermögen aber auch in deren berechtigten Interesse den Lauf des Verfahrens schützend aufzuhalten. Beide Gesichtspunkte erweisen sich für die Gestaltung des Strafprozesses als nützlich. Einerseits verlangen die Gerechtigkeit, aber auch der Gedanke der Humanität eine rasche Bestrafung, andererseits kann nur eine möglichst eingehende Erörterung des Sachverhalts zur Wahrheit führen⁵². Es muß deshalb die Aufgabe einer Verfahrensordnung sein, hier für jeden einzelnen Verfahrensfall den rechten Mittelweg zu finden und nach beiden Seiten hin die notwendige Zurückhaltung zu üben.

Überschaut man das strafprozessuale Erkenntnisverfahren in seiner Gesamtheit, so läßt die StPO diese Zurückhaltung nicht vermissen. Die StPO hat, wenn man zunächst einmal die besondere Funktion der Rechtsmittelfristen außer acht läßt, von der Möglichkeit, für Prozeßhandlungen Fristen und Termine festzusetzen, sparsam Gebrauch gemacht. Von der Möglichkeit, eine Gesamtfrist für die Abwicklung des Prozesses zu bestimmen, ist mit Recht abgesehen worden. Aber auch Fristen für die innerhalb des Prozesses aufeinanderfolgenden Prozeßhandlungen sind in der StPO nicht häufig, da das Gesetz grundsätzlich davon ausgeht, daß eine Prozeßhandlung „jederzeit“⁵³, „stets“⁵⁴, „in jeder Lage des Verfahrens“⁵⁵ vorgenommen werden kann. Für die Geltendmachung der belastenden oder entlastenden Tatsachen und Beweismittel betont dies § 246 Abs. I. Ein „zu spät“ darf es im Beweisrecht nicht geben, weil dieses dem Grundsatz der Wahrheitsermittlung Abbruch tun könnte⁵⁶. Im übrigen kennt aber die StPO — im Gegensatz zu einem verspäteten Tätigwerden — ein „rechtzeitiges“⁵⁷ Handeln. Was das Gesetz darunter versteht, wird in den Frist- und Terminbestimmungen⁵⁸ erläutert. Zu den letzteren dürften auch die „mittelbaren Zeitbestimmungen“⁵⁹ zu

⁵² Vgl. hierzu Kern, Die Raschheit der Strafjustiz, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 15. Jahrg. (1924), S. 237 ff. (240). Vgl. auch Belings (S. 192) Definition der Frist, der zwischen Handlungs- und Sperr- oder Zwischenfristen unterscheidet.

⁵³ § 98 Abs. II S. 2.

⁵⁴ § 196.

⁵⁵ §§ 6, 137 Abs. I, 377 Abs. II S. 1, 391 Abs. I S. 1, 395 Abs. I S. 1.

⁵⁶ Diese entfernte Möglichkeit nimmt die StPO aber in Kauf bei der Zurückweisung von Anträgen, die „zum Zweck der Prozeßverschleppung“ gestellt sind, §§ 244 Abs. III S. 2, 245 S. 1.

⁵⁷ §§ 46 Abs. I, 121 Abs. II, 222, 315 Abs. II S. 1, 316 Abs. I, 320 S. 1, 325, 342 Abs. II S. 1, 343 Abs. I, 346 Abs. I, 347 Abs. I S. 1, 410, 411 Abs. I.

⁵⁸ Vgl. §§ 345 Abs. I, 114 d Abs. II, 115 a Abs. II, III, 115 d Abs. VI, 140 Abs. III, 154 Abs. IV, 172 Abs. I, II, 173 Abs. II, 176 Abs. I S. 4, 201 Abs. I S. 1, 217 Abs. I S. 1, 282 c Abs. II. Fristen für Rechtsmittel bzw. Rechtsbehelfe bestimmen die §§ 311 Abs. II, 314, 317, 341 Abs. I, 345 Abs. I, 409 Abs. I, 413 Abs. IV.

⁵⁹ Birkmeyer S. 543.

rechnen sein, die daraus entstehen, daß eine Prozeßhandlung in zeitlicher Beziehung zu einer anderen gesetzt wird. Diese Beziehung wird hergestellt, indem die Vornahme der betreffenden Prozeßhandlung „sofort“⁶⁰, „sobald als möglich“⁶¹, „unverzüglich“⁶² angeordnet wird.

Nach ihrer Zweckbestimmung lassen sich die prozessualen Zeitbestimmungen in drei Gruppen aufteilen: Der Raschheit des Strafverfahrens dienen zunächst diejenigen Vorschriften, die der Verzögerung vorbeugen sollen⁶³. Soweit diese — beschleunigenden — Zeitbestimmungen der Prozeßverschleppung entgegenwirken sollen, sind sie fast⁶⁴ ausnahmslos den privaten Prozeßbeteiligten, in erster Linie dem Beschuldigten, aber auch Dritten⁶⁵ auferlegt. Das Gesetz geht offenbar davon aus, daß die Pflicht des Gerichts und der Staatsanwaltschaft zu rascher Tätigkeit disziplinarrechtlich überwacht werden kann. Als einseitige zeitliche Belastung des Beschuldigten stellt sich auch die Regelung des § 329 dar, die ein strafprozessuales Versäumnisurteil enthält. Die Berufung des unentschuldigt ausgebliebenen Angeklagten wird ohne sachliches Eingehen auf Rechtsmittel und erstinstanzliches Urteil verworfen. Die Strenge dieser Verfahrensweise ergibt ein Vergleich mit dem zivilprozessualen Versäumnisurteil, das ohne Schlüssigkeitsprüfung nicht erlassen werden darf⁶⁶. Gegen die Verwerfung der Berufung steht dem Angeklagten innerhalb der Instanz nur der Rechtsbehelf der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Verfügung (§ 329 Abs. II). Gericht und Staatsanwaltschaft sind aber durch prozessuale Zeitbestimmungen dann gebunden, wenn schutzwürdige Interessen des einzelnen (Beschuldigten) auf dem Spiele stehen und nur einen im Rahmen des notwendigen andauernden Eingriff verlangen. Das ist besonders im Vorverfahren der Fall⁶⁷. Auch diese — schützenden — prozessualen Zeitbestimmungen fördern einen schnellen Verfahrensgang. — Davon heben sich die — hemmenden — Zeitbestimmungen ab, die in erster Linie die prozessuale Wahrheitsfindung schützen sollen. Sie sollen den Parteien die notwendige Zeit gewähren, möglichst alle belastenden und entlastenden Tat-

⁶⁰ §§ 100 Abs. I S. 2, 101 Abs. II S. 1, 129, 130 S. 1, 134 Abs. I, 135, 141 Abs. II, 159 Abs. I, 315 Abs. II S. 1, 316 Abs. II, 329 Abs. I, 342 Abs. II S. 1, 371 Abs. II, 391 Abs. III.

⁶¹ §§ 101 Abs. I, 141 Abs. I S. 1, 160 Abs. I.

⁶² §§ 114 a Abs. I, 124 Abs. I S. 2, 128 Abs. I, 163 Abs. II S. 1.

⁶³ Vgl. z. B. §§ 45 Abs. I, 140 Abs. III, 201 Abs. I S. 1, 282 c Abs. II S. 1, 315 Abs. II S. 1, 342 Abs. II S. 1, 391 Abs. III.

⁶⁴ Vgl. lediglich §§ 160 Abs. I, 163 Abs. III S. 1, 268 Abs. II, die überdies nur deklaratorischen Charakter haben.

⁶⁵ Vgl. §§ 172 Abs. I, II, 173 Abs. II, 176 Abs. I S. 4.

⁶⁶ Vgl. §§ 331, 542 ZPO.

⁶⁷ So bei den einschneidenden Maßnahmen der Verhaftung (§ 114 a Abs. I, 114 b Abs. II, 114 c Abs. I, 114 d Abs. II, 115 a Abs. II, Abs. III, 115 d Abs. VI, 124 Abs. II S. 2) und vorläufigen Festnahme (§§ 128 Abs. I, 129).

sachen beizubringen. Außer der zwischen der Zustellung der Ladung und dem Tag der Hauptverhandlung gestellten Frist des § 217 Abs. I⁶⁸ sind dazu die Unterbrechung⁶⁹ und die Aussetzung der Hauptverhandlung⁷⁰ bestimmt. Die letzteren sind wegen ihrer größeren Beweglichkeit als richterliche Fristen ausgestaltet. — Fristen besonderer Art sind die Rechtsmittelfristen. Sie gewähren zwar dem Berechtigten ebenfalls eine gewisse Überlegungs- und Handlungsfreiheit, doch dürften sie eher zu den beschleunigenden Zeitbestimmungen zu rechnen sein, zumal sie Prozeßstadien und Instanzen abschließen oder zu ihnen kurzfristig überleiten. Unter allen beschleunigenden Fristbestimmungen besteht bei ihnen am ehesten Gefahr, daß die materielle Wahrheit verkürzt wird, da das Rechtsmittel schon als unzulässig verworfen wird. Unter diesem Gesichtspunkt kommt der jetzt gemäß § 35 a allgemein vorgesehenen Rechtsmittelbelehrung eine besondere Bedeutung zu. Gegen die wahrheitsgefährdenden Wirkungen der prozessualen Zeitbestimmungen läßt sich der Einwand, der Richter habe schon von Amts wegen die Wahrheit zu ermitteln, nicht ins Feld führen, da dem Richter jedenfalls das, was die Partei dazu beitragen könnte, bei der grundsätzlichen Ausschlußwirkung der Fristen und Termine unbekannt bleiben wird.

Die Folgen der Frist- und Terminversäumung lassen sich nicht danach beurteilen, ob die unterlassene Prozeßhandlung sich als prozessuales Recht oder prozessuale Pflicht darstellt⁷¹, sie sind auch nicht durch die Verletzung einer etwa bestehenden prozessualen Pflicht zu rechtzeitigem Handeln bedingt. Die Nötigung der Parteien zu rechtzeitigem Vorbringen ist vielmehr, wie Goldschmidt⁷² mit Recht hervorgehoben hat, eine „bloße Last“. Die Berechtigung der Lehre Goldschmidts von den „prozessualen Aussichten, Möglichkeiten, Lasten und Befreiungen von Lasten“ mag im einzelnen angezweifelt werden, da ihr Begründer ihren Geltungsbereich offenbar über Gebühr ausgedehnt hat⁷³; sie findet jedoch die rechte Erklärung für die Folgen prozessualer Säumnis⁷⁴. Eine Frist, ein Termin ist danach für den Betroffenen eine „prozessuale Last“, führt doch ihre Versäumung zum Ausschluß der Prozeßhandlung. Der Ausschluß der Prozeßhandlung bedeutet im eigentlichen Sinne „den Verlust einer verpaßten Möglichkeit“. Nicht die Frist oder der Termin wird des-

⁶⁸ Vgl. auch § 212 a Abs. II.

⁶⁹ §§ 145 Abs. III, 228 Abs. I S. 2, 229.

⁷⁰ §§ 145, 217 Abs. II, 228, 246 Abs. II, III, 262 Abs. II, 265 Abs. III, IV, 384 Abs. III.

⁷¹ So aber Birkmeyer S. 6, 551.

⁷² Vgl. u. a. S. 124.

⁷³ Vgl. die treffende Kritik bei Henkel S. 293 f. Die Lehre scheint dort als gekünstelt, wo echte prozessuale Handlungspflichten nicht zu leugnen sind.

⁷⁴ Vgl. hierzu Goldschmidt S. 344 ff. Nicht ohne Grund versucht daher Niese S. 67 f., die Lehre Goldschmidts von diesem Ausgangspunkt aus zu rechtfertigen.

halb versäumt, sondern die unterbliebene Prozeßhandlung. Als wesentliche Folge der Säumnis steht daher die allgemeine⁷⁵ Ausschlußfolge im Vordergrund, die zur Verkürzung der materiellen Wahrheit führen kann.

Würde die Strafprozeßordnung am Eintritt dieser nachteiligen Säumnisfolge ohne Ausnahme starr festhalten, so könnte darunter die materielle Wahrheit allzu sehr leiden. Das Gesetz gewährt aus diesem Grunde mit der Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 44 ff.) dem Säumigen ein Mittel, mit dem er unter bestimmten Voraussetzungen die Ausschlußfolge wieder unschädlich machen kann⁷⁶. Damit ist freilich das in den Tatbestand des § 44 unzweifelhaft aufgenommene Schuldmoment noch nicht geklärt, das die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von einem fehlenden Verschulden des Säumigen abhängig macht. Besteht etwa doch eine Pflicht zu rechtzeitigem prozessualen Handeln? Dies könnte so scheinen, da wir den Begriff des Verschuldens mit dem Begriff der Pflicht zu verknüpfen gewöhnt sind. Goldschmidt⁷⁷ versucht das Schuldmoment aus der von Zitelmann⁷⁸ gefundenen Kategorie des „Verschuldens gegen sich selbst“ zu begründen. Diese auf die säumige Prozeßpartei zugeschnittene Betrachtungsweise kann jedoch der Stellung und Aufgabe der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im prozessualen System nicht gerecht werden. Das im § 44 vorhandene Schuldmoment dient vielmehr nur dazu, als ausgleichendes Element den notwendigen Kompromiß zwischen „Raschheit“ und „Gerechtigkeit“ der Justiz zu finden, da es unbillig erschiene, die Prozeßpartei auch bei mangelndem Verschulden mit ihrer versäumten Rechtshandlung auszuschließen und auch in diesem Falle ihren Beitrag zur richterlichen Wahrheitsfindung zunichte zu machen⁷⁹.

3. Dieser Ausgleich zwischen Raschheit und Gerechtigkeit läßt sich nicht unbegrenzt herstellen. U. U. erweist sich am Ende der beruhigende Zeitablauf als Sieger über das Verlangen nach Wahrheit und Gerechtigkeit. Die Störung der Rechtsordnung wird im Laufe der Zeit nicht mehr in der ursprünglichen Stärke empfunden. Das Bedürfnis nach Vergeltung und Sühne schwindet immer mehr. Dem entspricht die Einrichtung der Verjährung auch auf dem Gebiete des Strafrechts, gleichgültig ob ein Strafverfahren stattgefunden hat (§§ 66, 70 StGB) oder nicht (§§ 66, 67 StGB). — Aber auch im Hinblick auf die Formalseite des Strafverfahrens

⁷⁵ Zu dieser „allgemeinen“ Ausschlußfolge treten manchmal noch „besondere“ Säumnisfolgen hinzu, vgl. dazu näher Goldschmidt S. 348, Niese S. 68.

⁷⁶ Diese stellt Birkmeyer S. 96 ff., 552 mit Recht heraus.

⁷⁷ S. 122 f., ebenso Niese S. 68.

⁷⁸ Das Recht des BGB, Allg. Teil, Leipzig 1900, S. 166 ff.

⁷⁹ Auf der objektiven Funktion des Verschuldens beruht auch die bei — unverschuldet — krassem Widerspruch zwischen festgestelltem und wahren Sachverhalt mögliche Wiederaufnahme des Verfahrens, ohne daß dies in §§ 359 Ziff. 1, 2, 4, 5, 362 Ziff. 1, 2, 4, ausgesprochen werden müßte.

zeigt sich die klärende Kraft des Zeitablaufs. Das Verfahren selbst strebt dem richterlichen Urteil zu, in dem es seinen Abschluß finden soll. Innerhalb des Verfahrens schließlich ist es notwendig, daß der Verfahrensgang bestimmte Stufen erreicht, die den Prozeßparteien ein Zurückschreiten auf dem begangenen Wege unmöglich machen. Ein echter Verfahrensfortschritt kann nur erzielt werden, wenn die bereits geschehenen Dinge nicht ständig von neuem aufgerollt werden können⁸⁰. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und mit ihr die Zulassung des ausgleichenden Verschuldensmoments unterbleibt. Das „Zeitprinzip“ setzt sich in seiner ursprünglichen Härte durch.

Deutlich heben sich als derartige Verfahrensstufen die einzelnen Instanzen des Verfahrens ab. Dabei liegt das Augenmerk selbstverständlich nicht auf der im einzelnen vorgesehenen Rechtsmittelfrist als formelles Bindeglied der aufeinanderfolgenden Instanzen, deren Versäumung im übrigen ja auch durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geheilt werden könnte. Die einzelnen Anfechtungsmittel können an tatbestandsmäßige Voraussetzungen geknüpft sein, die den Tatsachenstoff der vorhergehenden Instanz (Verfahrensstufe) ausscheiden können. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ist es zwar nicht gewiß, aber doch immerhin möglich, daß das Rechtsmittel der materiellen Wahrheit zum Siege verhilft. Der Erfolg der Rechtsmittel ist in jedem Fall von dem Vorliegen bestimmter in der Vorinstanz oder im angefochtenen Urteil aufgetretener Mängel abhängig. Wird anderen Verfahrensmängeln⁸¹ der Zutritt in die höhere Instanz verwehrt, so wirkt diese Maßnahme auf die anfechtungsberechtigte Partei wie eine Befristung, da innerhalb bestimmter Zeit die Rüge dieser zur höheren Instanz nicht zugelassenen Verfahrensmängel erwartet wird.

Bei dem Rechtsmittel der Berufung kann die befristende Wirkung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen allerdings kaum hervortreten. Der in der I. Instanz auf der Grundlage des Eröffnungsbeschlusses erörterte Tatsachenstoff wird, soweit die gemäß §§ 316 Abs. I, 318, 327 zulässige Beschränkung der Berufung das nicht hindert⁸², erneut in vollem Umfang zum Gegenstand des Verfahrens gemacht⁸³. Hinzu kommt, daß neue Beweismittel (nova) unbeschränkt zugelassen sind (§ 323 Abs. III)⁸⁴. Demgegenüber läßt die Revision in der Vorinstanz aufgetretene Verfahrensmängel — ebenso wie andere mit diesem Rechtsmittel gerügte Rechtsfehler — nur beschränkt zu. Diese sind nur dann erheblich, wenn das Urteil auf ihnen „beruht“ (§ 337 Abs. I). Auch im Zusammenhang mit der

⁸⁰ Diese Erwägungen rechtfertigen u. a. auch die prozessuale Behandlung der Willensmängel (Anfechtung wegen Irrtums usw.).

⁸¹ Vgl. im einzelnen die Beispiele unten S. 84 f.

⁸² In diesem Fall erweist sich die prozessuale Verfügungsmacht der anfechtungsberechtigten Partei als Wahrheitsschranke.

⁸³ RGSt Bd. 62 S. 130, 402.

⁸⁴ Vgl. demgegenüber § 529 ZPO.

in der Revisionsinstanz problematischen „Verwirkung“ von Verfahrensrügen findet sich dieser Begriff. So heißt es in ständig wiederkehrender Formulierung: Bei Verletzung einer Prozeßvorschrift im Vorverfahren müsse das „Beruhen“ des Urteils auf der Gesetzesverletzung grundsätzlich schon dann verneint werden, wenn der Beschwerdeführer es unterlassen habe, den ihm bekannten Verstoß in der Hauptverhandlung zu rügen oder zum Anlaß eines Antrages zu machen⁸⁵. Besteht nun, wie der Sprachgebrauch vorgibt, ein Zusammenhang zwischen dem „Nichtberuhen“ des Urteils auf einer Verfahrensverletzung im Sinne des § 337 Abs. I und der „Verwirkung“ infolge unterbliebener Rüge?

a) Wenn man die Tragweite des Begriffs „Beruhen“ in § 337 Abs. I richtig einschätzen will, so muß man auf die geschichtlichen Wurzeln der Revision, die in der gemeinrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde liegen⁸⁶, zurückgreifen. Die Nichtigkeitsbeschwerde wiederum ist eine Nachbildung der aus der französischen Gesetzgebung eingeführten Cassation⁸⁷. Die durch die französische Gesetzgebung seit 1789 beeinflusste deutsche Partikulargesetzgebung hatte gesetzestechnisch drei Wege beschritten, um die Voraussetzungen der Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung einer Verfahrensvorschrift näher zu bestimmen⁸⁸.

Anfangs sollte die Nichtigkeitsbeschwerde nur bei Verletzung solcher Verfahrensvorschriften stattfinden, deren Beachtung „bei Strafe der Nichtigkeit“ im Einzelfall vorgeschrieben war. Diese aus Art. 27 des Dekretes der französischen Nationalversammlung vom 8. und 9. Oktober 1789 übernommene Regelung erwies sich jedoch in der Praxis als zu starr, so daß schon die französische Rechtsprechung die Nichtigkeitsbeschwerde auch dort zuließ, wo nach ihrer Auffassung eine formalité substantielle verletzt war. Eine solche wurde dort angenommen, wo ihre Nichtbeachtung die Verteidigung des Angeklagten gefährden konnte⁸⁹. Trotzdem folgten dieser unbefriedigenden Regelung, die in einzelnen Vorschriften mit der Strafe der Nichtigkeit drohte, mehrere nach 1840 ergehende Gesetze, u. a. auch die Preuß. VO. vom 3. Januar 1849⁹⁰. — In der Reaktion auf diese Entwicklung stellten andere Strafverfahrensgesetze in einer allgemeinen Vorschrift die Nichtigkeitsbeschwerde dann zur Verfügung, wenn „wesentliche“ Formen des Verfahrens verletzt worden waren. Auf diesem Standpunkt stand z. B. das Braunschweigische

⁸⁵ Vgl. die bei Löwe-Rosenberg § 337 Anm. 7 c zit Rspr.

⁸⁶ Vgl. Schwinge S. 17 f.

⁸⁷ Vgl. besonders die Darstellung bei F. Walther II S. 47 ff. u. Mittermaier S. 652 ff.

⁸⁸ Vgl. hierzu die in der vorigen Anm. Zit. sowie Planck S. 530 ff.; Zachariae II S. 1 ff., 18 ff., 634 ff.

⁸⁹ Vgl. die bei Mittermaier S. 655 zit. franz. Rspr. u. Lit.

⁹⁰ § 139 — Ges. S. S. 14 ff. —; vgl. auch die übrigen bei Walther II S. 53 zit. Gesetze.

Gesetz vom 22. August 1849⁹¹. Welche Verfahrensvorschriften zu den „wesentlichen“ zählen sollten, wurde bewußt im unklaren gelassen und sollte der richterlichen Entscheidung vorbehalten bleiben. — Den Mittelweg zwischen beiden Möglichkeiten wählten schließlich diejenigen Verfahrensordnungen, die beides miteinander verbinden wollten. Dieses Mischsystem wurde auch von der Literatur als das beste angesehen, da auf diese Weise am ehesten Zweifeln vorgebeugt werden könne⁹². Als Beispiel sei das Preuß. Gesetz vom 3. Mai 1852⁹³ genannt. Art. 107 des Gesetzes bringt die Generalklausel, daß die Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung „wesentlicher“ Vorschriften oder Grundsätze des Verfahrens statfinde, die im folgenden Art. 108 an Hand von Beispielen näher erläutert wird.

Die Verfahrensordnungen, die sich für das System der Generalklausel oder das gemischte System entschieden, zwangen zu einer Erörterung, wie „unwesentliche“ von den „wesentlichen“ Förmlichkeiten zu trennen seien. Zunächst wurden in allgemeiner und positiver Formulierung als „wesentliche“ Förmlichkeiten diejenigen Bestandteile und Formen des Verfahrens gekennzeichnet, deren Nichtbeachtung bei jeder Art und Gestaltung des Strafverfahrens mit dem Grundprinzip des Strafprozesses, der Forderung nach materieller Wahrheit, in Widerspruch stünde⁹⁴. Diese generelle und im voraus auf jedes Einzelverfahren festgelegte Kennzeichnung der Prozeßvorschriften erwies sich jedoch als unhaltbar, da mit Recht schon früher, auch in der französischen Literatur⁹⁵, darauf hingewiesen worden war, daß ein und dieselbe Förmlichkeit den Gang des Verfahrens in einem Fall wesentlich, dagegen im anderen Fall nur unwesentlich beeinflussen könne. Im übrigen blieb auch ungeklärt, ob der Begriff „wesentlich“ lediglich auf das staatliche Interesse an einer Verteidigung der Rechte des Angeklagten oder auf das allgemeine staatliche Interesse an einer geordneten Verfahrensgestaltung zu beziehen war⁹⁶. Andererseits war es auch nicht möglich, „die Nachweisung eines in concreto aus der Nichtbeachtung entsprungenen Nachteils als Bedingung einer wirksamen Nichtigkeit aufzustellen, ohne das Wesen des mündlichen Verfahrens zu gefährden“⁹⁷. Als Ausweg wurde daher eine Formulierung des Züricher Gesetzes von 1853 begrüßt⁹⁸, die die Folgen eines Verfahrensverstosses im Einzelfall der richterlichen Prüfung überließ und doch von einem positiven Nachweis der nachteiligen Folgen für

⁹¹ § 158 — abgedruckt b. Haeblerlin unter IV; vgl. auch die bei Walther II S. 52 f angeführte Gesetzgebung.

⁹² Vgl. z. B. Zachariae II S. 20.

⁹³ Ges.-S. f. d. Königl. Preuß. Staaten S. 209 ff.; zur Entwicklung in Preußen vgl. eingehend Schwinge S. 17 f.

⁹⁴ So z. B. Zarachiae II S. 3.

⁹⁵ Vgl. Walther II S. 57.

⁹⁶ Vgl. Mittermaier S. 663.

⁹⁷ Zachariae II S. 643.

⁹⁸ Vgl. bes. Walther II S. 55, 63 ff.

das angefochtene Urteil absah. § 164 des Züricher Gesetzes gestattete nämlich die Kassation eines schwurgerichtlichen Urteils „wegen Verletzung gesetzlicher Prozeßformen, wenn sie irgendwie auf den Spruch der Geschworenen einen nachteiligen Einfluß gehabt haben kann“. Die Literatur und Rechtsprechung forderte im Anschluß daran⁹⁹ teils einen wahrscheinlichen, teils einen nur möglichen Kausalzusammenhang zwischen Verfahrensverstöß und Urteilsfindung. Als praktisch brauchbare Handhabe im Einzelfall empfahl Planck¹⁰⁰ eine negative Formulierung: Die Untersuchung des einzelnen Falles dürfe nicht ergeben, daß der nichtige Tatbestand ohne allen Einfluß auf das Endurteil gewesen sei.

b) Die Strafprozeßordnung hat sich im wesentlichen dem gemischten System angeschlossen¹⁰¹. § 337 enthält die Generalklausel, die es dem Revisionsrichter überläßt, festzustellen, ob der Verfahrensverstöß „wesentlich“¹⁰² ist oder nicht. § 338 schreibt die Befolgung bestimmter Verfahrensvorschriften „bei Strafe der Nichtigkeit“ vor¹⁰³. Der Begriff „beruhen“ ist nicht praktikabler als der Begriff „wesentlich“, dessen Hilfe sich die Partikulargesetze bei der Nichtigkeitsbeschwerde bedienten. Die Schwierigkeit liegt in der Natur der Sache. Sie ist darin begründet, daß sich bei prozessualen Verstößen anders als bei materiell-rechtlichen ihre kausale Bedeutung für das Urteil nicht für jeden Fall im voraus sicher übersehen läßt¹⁰⁴. Trotz der engen positiven Formulierung in § 337 Abs. I, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhen müsse, hat die Praxis deshalb in Übereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien seit jeher ein „Beruhen“ des Urteils auf der Gesetzesverletzung vermutet und bereits dann anerkannt, wenn ein möglicher Zusammenhang nicht auszuschließen ist¹⁰⁵. „Der Kausalität wird also die Möglichkeit der Kausalität gleichgestellt“¹⁰⁶. Auf die praktischen Vorzüge der negativen Abgrenzung der erheblichen Verfahrensverstöße von den unerheblichen ist bereits oben hingewiesen worden. Sie ist auch deswegen vorzuziehen, weil Kausalität nur im konkreten Verfahrensfall und niemals in einer abstrakten Verfahrensnorm festgestellt werden kann¹⁰⁷.

Betrachtet man § 337 Abs. I im Zusammenhang mit § 338, so ist die Strafprozeßordnung leider in einem Punkt grundlos von der gesetzlichen Regelung der Nichtigkeitsbeschwerde abgewichen: § 338 anerkennt die

⁹⁹ Vgl. Mittermaier S. 664 mit Nachw.

¹⁰⁰ S. 536.

¹⁰¹ Binding S. 269; Ullmann S. 603 f.

¹⁰² Vgl. auch § 338 Ziff. 8: „... in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt.“

¹⁰³ Vgl. Binding a. a. O.

¹⁰⁴ RGSt Bd. 42 S. 107. Vgl. auch Gerland S. 420; v. Gleispach S. 191; v. Hippel S. 592.

¹⁰⁵ Vgl. BGH NJW 1951 S. 206; OGH St Bd. 2 S. 157 mit Nachw.

¹⁰⁶ Kleinknecht-Müller § 337 Anm. 9; vgl. auch Löwe-Rosenberg § 337 Anm. 7 b; Schmidt § 337 Erl. 60 ff.; Schwarz § 337 Anm. 3.

¹⁰⁷ Vgl. Walther II S. 57; ähnlich wohl Sauer S. 261.

genannten „absoluten“ Revisionsgründe nicht als Folge des möglichen Kausalzusammenhangs zwischen Verfahrensverletzung und Urteil, sondern fingiert ihn, ohne daß dies erforderlich wäre. Am sichtbarsten wird dieses bei der Ziff. 8 des § 338. Einerseits besteht die Fiktion, falls die Verteidigung „in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt“ durch Gerichtsbeschuß unzulässig beschränkt worden ist, zum anderen kann das Revisionsgericht nach allgemeiner Auffassung die Frage des Beruhens doch wieder prüfen¹⁰⁸. Ebenso gut könnte die Richtigkeit des angefochtenen Urteils dahingestellt bleiben und lediglich auf die Unzulässigkeit des Verfahrens abgestellt werden¹⁰⁹. Hätte die Strafprozeßordnung von der Fiktion abgesehen, so wäre § 338 — mit Ausnahme der Ziffern 6 und 7 — entbehrlich, weil in den übrigen Ziffern der Kausalzusammenhang zwischen Gesetzesverletzung und Urteil ohnehin durchscheinen kann¹¹⁰. Die Aufzählung der Ziffern 1—5, 8 in § 338 wäre im echten Sinne „exemplifikativ“.

Aus dieser Erkenntnis ergibt sich aber noch eine andere bedeutsame Schlußfolgerung: Es sind bestimmte prozessuale Vorschriften denkbar, die, stünde die Fiktion dieser Entwicklung nicht hemmend entgegen, ähnlich wie die Ziffern 6 und 7 in § 338 durch die Rechtsprechung und Lehre zu „absoluten“ Revisionsgründen erhoben werden könnten, weil die Befolgung dieser Vorschriften im Interesse eines einheitlichen Verfahrens- und Gerichtsverfassungsrechts für sich allein ohne Rücksicht auf das angefochtene Urteil wünschenswert ist¹¹¹. Es dürfte sich um diejenigen Verfahrensvorschriften handeln, „die im Interesse der Würde, Hoheit und Sicherheit der Rechtspflege gegeben sind“¹¹². Auf ihrer Verletzung kann das Urteil weder „beruhen“, noch ist ihre Beachtung im hergebrachten Sinne „wesentlich“. Ein sachlicher Zusammenhang mit dem Begriff „beruhen“ besteht daher nicht, es sei denn, er würde, wie dieses bei § 338 Ziffer 6 und 7 der Fall ist, in die künstliche Form einer Fiktion gekleidet.

Der Zweck der Revision wegen prozessualer Verstöße ist also nicht, wie man nach §§ 337 Abs. I, 338 annehmen könnte, einheitlicher Natur. § 338 Ziffer 6 und 7, die einen Revisionsgrund bei Verletzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit und bei fehlenden Entscheidungsgründen annehmen, haben gegenüber den übrigen Ziffern der Bestimmung eine

¹⁰⁸ Löwe-Rosenberg § 338 Bem. 1; vgl. auch Alsberg-Nüse S. 453 und die dort Anm. 5 Zit.

¹⁰⁹ Peters, Parallelität, S. 378.

¹¹⁰ Vgl. v. Kries S. 674.

¹¹¹ Vgl. die bemerkenswerte Formulierung bei Gage-Sarstedt S. 109: „Das völlige Fehlen von Gründen wäre ... auch ohne den § 338 Nr. 7 ein zwingender Aufhebungsgrund.“ Vgl. auch Kleinknecht-Müller § 338 Anm. 1 b.

¹¹² Vgl. d. Urt. d. OLG Hamm v. 20. 8. 1957, VRS Bd. 14 S. 370, allerdings ergangen zu § 338 Ziff. 1.

andersartige Aufgabe. In diesen Ziffern zeigt sich trotz der durch die Fiktion verdunkelten gesetzlichen Systematik der eigentliche Fortschritt des Rechtsmittels der Revision gegenüber der gemeinrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde. Während §§ 337 Abs. I, 338 Ziffer 1—5, 8 an die bisherige Rechtsentwicklung anknüpfen, das ergangene Urteil „verbessern“ und somit in erster Linie der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit dienen wollen¹¹³, geht es bei den übrigen Ziffern 6 und 7 ausschließlich um die Erziehung der unteren Gerichte zu sorgfältiger Einhaltung der prozeßrechtlichen Vorschriften, eine Aufgabe, die Schwinge¹¹⁴ einseitig als Merkmal jeder Revision aus prozessualen Gründen ansieht. Die Verfahrensvorschriften der Strafprozeßordnung können für die Zwecke des Revisionsrechts daher im wesentlichen in jene beiden oben beschriebenen Gruppen eingeordnet werden. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß von einer infolge Nichtgebrauch „verwirkten“ Verfahrensrüge weder im einen noch im anderen Sinne von einem „Nichtberuhen“ des Urteils auf ihr gesprochen werden kann.

4. Schranken der Wahrheitsfindung können schließlich die einzelnen Prozeßstadien¹¹⁵ sein, die im fortschreitenden Verfahrensgang den Prozeßhandlungen innerhalb des größeren Zeitraums, der Instanz, ihren Ort zuweisen. Soweit die Vornahme der Prozeßhandlungen nicht „jederzeit“, „in jeder Lage des Verfahrens“ oder ohne sonstige ausdrückliche Befristung geschieht, kann dies außer den bereits oben¹¹⁶ erwähnten Möglichkeiten dadurch erreicht werden, daß sie in zeitliche Beziehung zu einer anderen Prozeßhandlung gesetzt werden. Diese sogenannte mittelbare Zeitbestimmung¹¹⁷ erfolgt in der Strafprozeßordnung auf verschiedene Weise, je nachdem, ob die Gleichzeitigkeit oder die bestimmte zeitliche Aufeinanderfolge der Prozeßhandlungen gewünscht wird. So verlangt das Gesetz, daß gewisse Prozeßhandlungen „gleichzeitig“, „zugleich“¹¹⁸ oder „in Verbindung mit“¹¹⁹ einer anderen geschehen sollen. Andere Prozeßhandlungen sollen „vor“¹²⁰, „bis“¹²¹ bzw. „nach“¹²² Eintritt einer bestimmten Prozeßhandlung vorgenommen werden. Eine geordnete Aufeinander-

¹¹³ Nur so kann die weite Auslegung des Begriffs „beruhen“ gerechtfertigt werden. Vgl. auch Reckenfelderbäumer DRZ 1949 S. 441 ff. (442).

¹¹⁴ S. 38 f. mit vielen Zitaten.

¹¹⁵ Damit sind nicht die drei großen Abschnitte des Erkenntnisverfahrens (Vor-, Zwischen- und Hauptverfahren) gemeint.

¹¹⁶ S. 69 f.

¹¹⁷ Vgl. Birkmeyer S. 543 und zum folgenden eingehend S. 542 ff. (558 f.).

¹¹⁸ Vgl. z. B. §§ 45 Abs. II, 199 Abs. I, 207 Abs. II, 237, 294 Abs. II, 309 Abs. II, 353 Abs. II, 355.

¹¹⁹ Vgl. §§ 315 Abs. III, 342 Abs. III, 371 Abs. III.

¹²⁰ Vgl. z. B. §§ 29, 52 Abs. II, 68 Abs. I, 88, 106 Abs. II, 122 Abs. II, 176 Abs. I, 180 Abs. II, 193 Abs. III, 265 Abs. I.

¹²¹ Vgl. §§ 16, 18, 148 Abs. II, 156, 217 Abs. II, 246 Abs. II, 303, 411.

¹²² Vgl. §§ 4, 33, 79 Abs. II, 107, 111, 147 Abs. I, 156, 244 Abs. I, 257, 258, 343 Abs. II, 347 Abs. II.

folge der Prozeßhandlungen ist besonders für die Hauptverhandlung vorgesehen¹²³. Da eine Verletzung dieser prozeßordnenden Vorschriften regelmäßig zum Verlust der betreffenden Prozeßhandlung führt, wirken diese wie eine Befristung¹²⁴.

Häufig kann die durch Säumnis einer Prozeßhandlung verlorengegangene frühere Prozeßlage durch einfache oder durch förmliche Nachholung¹²⁵ der versäumten Prozeßhandlung wiederhergestellt werden. Dies gilt jedoch dann nicht, „wenn das Verfahren sich bereits in einer Lage befindet, welche der nunmehrigen Vornahme der Prozeßhandlung keinen Raum mehr bietet, m. a. W. wenn eine sogenannte prozessuale Überholung stattgefunden hat“. Dieser von v. Kries¹²⁶ geprägte Begriff der prozessualen Überholung wird von ihm an einigen Beispielen erläutert: So könne z. B. der Beschuldigte, der die Frist des § 201 versäumt habe, nicht Wiedereinsetzung begehren, um Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorzubringen, wenn mittlerweile der Eröffnungsbeschluß ergangen sei; sei das Urteil des Revisionsgerichts gesprochen, so könne gegen die Versäumung der Frist zur Gegenerklärung nach § 347 unter keinen Umständen Wiedereinsetzung beantragt werden.

Die von v. Kries angeführten Beispiele betreffen richterliche (§ 201) und gesetzliche (§ 347) unmittelbare Fristbestimmungen. Es ist das Verdienst Goldschmidts, den Begriff der prozessualen Überholung der Vergessenheit entrissen und auch die Fälle nur mittelbar zeitbestimmter Prozeßhandlungen miteinbezogen zu haben¹²⁷: So bedeutet die Eröffnung der Untersuchung den Ausschluß der Zurücknahme der öffentlichen Klage (§ 156), der Schluß der Voruntersuchung bzw. die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses in der Hauptverhandlung den Ausschluß des Einwandes der örtlichen Unzuständigkeit (§ 16), die Eröffnung des Hauptverfahrens den Verlust der Möglichkeit, die örtliche Zuständigkeit von Amts wegen zu prüfen (§ 18), der Beginn der Beweisaufnahme bzw. der Plädoyers den Verlust des Ablehnungsrechts wegen Besorgnis der Befangenheit (§ 25), die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses in der Hauptverhandlung den Verlust des Rechts, wegen Nichteinhaltung der Ladungsfrist Aussetzung zu verlangen (§ 217 Abs. II), der Schluß der Beweisaufnahme den Verlust des Rechts, Aussetzung des Verfahrens wegen verspäteter Namhaftmachung von Zeugen usw. zu verlangen (§ 246 Abs. II, III)¹²⁸.

Wichtige Prozeßstadien des Strafverfahrens sind bereits mit der Eröff-

¹²³ Vgl. §§ 243 f., 257 f., 260, 324, 326, 351.

¹²⁴ So im Anschluß an Glaser II S. 532 Birkmeyer S. 559.

¹²⁵ D. h. durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 44 ff.

¹²⁶ S. 459.

¹²⁷ Vgl. aaO. S. 310, 321, 337, 467, 520.

¹²⁸ Ebenso im Anschluß an Goldschmidt auch Niese S. 67.

nung des Hauptverfahrens und mit dem Beginn der Hauptverhandlung, die einen in sich geschlossenen Verfahrensabschnitt bildet, beendet. Der Beginn der Hauptverhandlung ist für die Tatsacheninstanz von erheblicher Bedeutung: In engem Zusammenhang mit dem Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzip steht die Vorschrift des § 261, die bestimmt, daß das Gericht sein Urteil aus dem Inhalt der Hauptverhandlung schöpfen soll. Damit scheidet das vor der Hauptverhandlung erworbene (private) tatsächliche Wissen für die richterliche Wahrheitsfindung aus. Die rein informatorische Befragung eines zeitlich oder förmlich außerhalb des strengen Rahmens der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen ist gleichfalls nicht verwertbar¹²⁹. Eine Tatsache, die nicht Gegenstand der Beweisaufnahme innerhalb der Hauptverhandlung war, darf nicht Gegenstand der richterlichen Urteilsbildung sein¹³⁰.

Für das Beschwerde- und Revisionsgericht ist schließlich die Eröffnung des Hauptverfahrens im Interesse einer Beschleunigung des Prozeßablaufs ein maßgeblicher Prozeßabschnitt: Auf prozessuale Mängel des Vorverfahrens kann nach ständiger Rechtsprechung¹³¹ die Revision nicht gestützt werden. Der Eröffnungsbeschluß bilde die alleinige Grundlage des weiteren Verfahrens. Zwar wird auch in diesem Zusammenhang geltend gemacht, das Urteil „beruhe“ nicht auf Fehlern des Ermittlungsverfahrens, einer gerichtlichen Voruntersuchung oder der Anklage¹³². Gleichzeitig wird aber auch darauf hingewiesen, daß dem Angeklagten für die Hauptverhandlung ausreichende Verteidigungsbehelfe zur Verfügung stünden. Sei der Angeklagte durch einen im Vorverfahren unterlaufenen verfahrensrechtlichen Verstoß in der Verteidigung behindert worden, so habe er die Möglichkeit gehabt, gemäß § 228 die Aussetzung des Verfahrens zu beantragen. Im jetzigen Stande des Verfahrens könne er mit seinem Vorbringen nicht mehr gehört werden¹³³.

Nach Eröffnung des Vorverfahrens¹³⁴ ergehende Entscheidungen des erkennenden Gerichts unterliegen nach Maßgabe des § 305 Satz 1 nicht der Beschwerde, soweit sie mit dem nachfolgenden Urteil in einem in-

¹²⁹ Vgl. Alsberg-Nüse S. 192 f., 471 f. Es liegt dann regelmäßig eine Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht vor.

¹³⁰ Sie kann es selbstverständlich nicht sein, wenn die Tatsache dem Richter ohne Verletzung der Wahrheitsermittlungspflicht unbekannt bleibt, weil die Tatsache weder von der Staatsanwaltschaft noch von dem Angeklagten in das Verfahren eingeführt wurde. Wenn u. a. Goldschmidt S. 340 hier von „materieller Beweislast“ spricht, so ist dieser Begriff entbehrlich und mißverständlich zugleich, da er lediglich besagt, daß bei fehlenden belastenden Tatsachen freigesprochen und bei fehlenden entlastenden Tatsachen verurteilt werden muß. Vgl. dazu Alsberg-Nüse S. 11 Bem. 15 mit Nachw.

¹³¹ Vgl. BGHSt Bd. 6 S. 328, RGSt Bd. 2 S. 37, Bd. 55 S. 225 f.

¹³² Vgl. z. B. BGH aaO.; Kleinknecht-Müller § 337 Bem. 9 e.

¹³³ Vgl. schon v. Kries S. 675.

¹³⁴ Vgl. RGSt Bd. 43 S. 181.

neren Zusammenhang stehen. Entscheidend ist auch hier der Gedanke, daß auf diese Weise eine Verfahrensverzögerung verhindert werden kann, die deshalb nicht zu rechtfertigen wäre, weil eine Überprüfung derartiger Entscheidungen auch durch Anfechtung des nachfolgenden Urteils erreicht werden kann¹³⁵. Allerdings unterscheidet sich § 305 Satz 1 gesetzestechnisch von den vorerwähnten Fällen der prozessualen Überholung dadurch, daß die Beschränkung der Rüge in erster Linie nicht durch ihre unmittelbare oder mittelbare Zeitbestimmung, sondern nur durch eine Ausschließung der Anfechtungsmöglichkeit selbst erreicht werden kann. Aus diesem Grunde kann hier nur insofern von einer prozessualen Überholung gesprochen werden, als eine etwa vor Eröffnung des Vorverfahrens gegebene Beschwerdebefugnis mit Erlaß des Eröffnungsbeschlusses wegen § 305 Satz 1 verloren geht¹³⁶.

Nach alledem liegt die für das Revisionsrecht wichtige Frage nahe, ob dem Urteil der Tatsacheninstanz nicht nur instanzabschließende Bedeutung zukommt, sondern ob es etwa auch unter dem Gesichtspunkt der prozessualen Überholung eine Rolle spielt. Die „besondere prozessuale Funktion des Urteils“ für die wissenschaftliche Erfassung aller prozessualen Entscheidungen ist von der Prozeßrechtslehre¹³⁷ immer wieder betont worden. Es könnte zwar bei äußerlicher Betrachtung so scheinen, daß das vorausgegangene Urteil das bisherige Verfahren abschließt und die Revision ein neues eröffnet. Dieser Eindruck wird durch die Gerichtsorganisation, die das Verfahren vor andere Richter bringt, verstärkt. Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Revision — ebenso wie das Rechtsmittel der Berufung — keinen neuen Pro-

¹³⁵ Vgl. z. B. Schwarz § 305 Bem. 1.

¹³⁶ Zur prozessualen Überholung in dem hier erörterten Sinne können jedoch diejenigen Fälle nicht gerechnet werden, bei denen eine prozessuale Rüge aus anderen Gründen als ihrer zeitlichen Einordnung in den Prozeßablauf nicht wirksam werden kann, die Verfahrensrüge m. a. W. faktisch überholt ist. So kann z. B. die Beschwerde dann gegenstandslos werden, wenn sich die Prozeßlage inzwischen so verändert hat, daß die Entscheidung über die Beschwerde keinen Einfluß auf den Gang des Verfahrens mehr ausüben könnte (vgl. v. Kries S. 698 f., ferner die Beispiele bei Kleinknecht-Müller § 304 Bem. 1 d). Unter besonderen Voraussetzungen kann durch Kenntnis des Verteidigers vom Termin die Rüge nach § 218 wegen unterlassener Ladung überholt sein; vgl. RG JW 1930 S. 2563, OLG Hamm NJW 1955 S. 233. Ebenso Kleinknecht-Müller § 218 Bem. 5; Löwe-Rosenberg § 218 Bem. 8; a. A. Schwarz § 218 Bem. 1. — Das Recht des Angeklagten auf Unterrichtung über den Verlauf des in seiner Abwesenheit durchgeführten Teils der Hauptverhandlung (§ 247 Abs. I S. 3, Abs. II) geht dann verloren, wenn die Unterrichtung wegen der psychischen Verfassung nicht oder nicht mehr möglich ist; vgl. BGH MDR 1957 S. 626. — Die Überholung der Rüge kann auch durch ihre begrenzte prozessuale Tragweite bedingt sein. So wird die einfache Beschwerde in der Regel deswegen überholt sein, weil ihr gemäß § 307 Abs. I die aufschiebende Wirkung fehlt; vgl. z. B. Schwarz §§ 81 a Bem. 4, 81 c Bem. 4.

¹³⁷ Vgl. Niese S. 41, 103; Goldschmidt S. 133, 288 mit Nachw.

zeß einleitet, sondern nur ein weiteres Stadium desselben Prozesses bildet, an dessen Ergebnisse sie anknüpft¹³⁸. Der Aufbau des Strafverfahrens in mehrere Instanzen hindert also nicht daran, vom Standpunkt des Revisionsrechts aus die Tatsacheninstanz nach den Möglichkeiten prozessualer Überholung zu überprüfen.

Einzelne gemeinrechtliche Strafprozeßordnungen¹³⁹ enthalten vielfach eine „Generalklausel“ der prozessualen Überholung, wenn sie bestimmen, daß gewisse „Nichtigkeitsgründe“ der Vorinstanz „bei Strafe des Verlustes“¹⁴⁰ geltend zu machen sind, bei Nidhrüge „nicht mehr geltend gemacht werden können“¹⁴¹, keine Berücksichtigung mehr finden können“¹⁴². Teilweise wird auch ein Verzicht auf die Rüge fingiert¹⁴³. Die Strafprozeßordnung enthält eine solche Vorschrift nicht. Die Motive zur Strafprozeßordnung¹⁴⁴ begründen diese Unterlassung mit einem Hinweis auf die Grundregel des jetzigen § 337 Abs. I, wonach das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes „beruhen“ müsse, die eine besondere Vorschrift nicht erfordert habe. Die Motive beziehen sich dabei auf eine dunkel gehaltene Bestimmung der Preußischen Strafprozeßordnung vom 25. Juni 1867¹⁴⁵, in deren § 390 Abs. II es heißt, daß niemand über die Beschränkung von Prozeßbefugnissen Beschwerde führen könne, wenn er durch sein eigenes Verhalten zu erkennen gegeben habe, daß er die Beschränkung für eine ihm nachteilige nicht erachte. Diese nebelhafte Formulierung, die auf einen stillschweigenden Verzicht hindeutet, wurde von den älteren Schriftstellern¹⁴⁶ so aufgefaßt und auch von der Rechtsprechung und neueren Literatur bis in die jüngste Zeit hinein so verstanden¹⁴⁷. Außer der ebenfalls in den Motiven vorgezeichneten Wendung, das Urteil „beruhe“ nicht auf der unterlassenen Verfahrensrüge, ist daneben seit dem Aufkommen des Verwirkungsgedankens in zunehmendem Maße von einer „Verwirkung von Verfahrensrügen“ die Rede¹⁴⁸.

¹³⁸ Vgl. dazu Birkmeyer S. 554 f., 694.

¹³⁹ Sämtlich zit. nach Haeblerlin.

¹⁴⁰ StPO für das Königreich Hannover v. 8. 11. 1850; § 215 a. E. Vgl. dazu schon Planck S. 515 Anm. 9.

¹⁴¹ Baden, Strafprozeßordnung v. 6. 3. 1845; § 291 Abs. II.

¹⁴² Braunschweig, StPO v. 22. 8. 1849; § 158 Abs. II a. E.

¹⁴³ Österreich, StPO v. 17. 1. 1850; § 246. Sachsen-Weimar, Sachsen-Meiningen etc., StPO v. 1850, Art. 213.

¹⁴⁴ Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zur StPO, 1. Abtl., Berlin 1885, S. 251. Wegen der besonderen Vorschrift des § 399 Ziff. 5 S. 2 StPO a. F. vgl. o. S. 54 Anm. 99.

¹⁴⁵ Ges.-S. f. d. Königl. Preuß. Staaten 1867 S. 921 ff.

¹⁴⁶ Vgl. z. B. Birkmeyer S. 715.

¹⁴⁷ Vgl. RGSt Bd. 1 S. 256; Bd. 58 S. 301, RGJW 1931 S. 1602; 1932 S. 1660; OLG Frankfurt NJW 1952 S. 1068. Vgl. auch Graf z. Dohna S. 76; v. Hippel S. 594; Kleinknecht-Müller § 337 Bem. 10 e; Schmidt § 337 Erl. 64.

¹⁴⁸ Mit „Verwirkung“ wird, wie schon oben S. 53 f. angedeutet wurde, nicht nur die prozessuale Überholung von Verfahrensrügen bezeichnet.

Diese Verwirrung der Begriffe ist der Grund dafür, daß eine Bestimmung der Strafprozeßordnung übersehen worden ist, die — in allerdings beschränktem Umfange — ebenfalls als Generalklausel der prozessualen Überholung gelten muß: § 338 Ziff. 8. In der Literatur¹⁴⁹ ist vielfach die Meinung vertreten worden, daß diese Bestimmung wegen § 337 überflüssig sei. Das ist insofern richtig, als bei dieser Vorschrift der mögliche Kausalzusammenhang zwischen Gesetzesverletzung und Urteil besonders einleuchtet. § 338 Ziff. 8 erschöpft sich aber nicht darin. Es ist vielmehr das Merkmal der prozessualen Überholung, daß die Verletzung einer Verfahrensvorschrift mit der Revision nicht gerügt werden kann, obwohl ein möglicher Kausalzusammenhang zwischen Gesetzesverletzung und Urteil nicht auszuschließen ist, also obwohl das Urteil auf ihr „beruhen“ kann. Die Zugehörigkeit des § 338 Ziff. 8 zur Erscheinung der prozessualen Überholung ergibt sich danach erst aus ihren beiden weiteren Voraussetzungen, wonach die Verteidigung durch einen in der Hauptverhandlung ergangenen Beschluß des Gerichts beschränkt werden muß¹⁵⁰. Es scheidet also alles das aus, was vor oder nach der Hauptverhandlung prozessual geschehen oder nicht geschehen ist. Während § 261 den Tatrichter darauf hinweist, macht § 338 Ziff. 8 für die Revisionsinstanz auf die Hauptverhandlung als wichtigsten Verfahrensabschnitt und dessen Präklusionswirkungen aufmerksam. Zum anderen wird ein Beschluß des Vorsitzenden als nicht genügend erachtet. Damit ist der Zusammenhang mit § 238 Abs. II hergestellt und die Unbeachtlichkeit derjenigen Verfahrensverstöße ausgesprochen, die bereits durch Gebrauch eines Zwischenrechtsbehelfs in der Hauptverhandlung (Beanstandung) abänderlich gewesen wären. Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung zu § 238 Abs. II¹⁵¹ hält infolgedessen unter Zustimmung der Literatur¹⁵² die Revision wegen Fehler bei der Sachleitung des Vorsitzenden nur dann für zulässig, wenn der Angeklagte¹⁵³ oder sein Verteidiger einen Beschluß des Gerichts herbeigeführt hat. Erst der ablehnende Gerichtsbeschluß kann der Revision als Grundlage dienen, es sei denn, daß die weitere Verhandlung zu einer anderen Beurteilung der Sach- und Rechtslage geführt hat, die vom Gericht noch vor Erlaß des

Der Ausdruck wird in gleicher Weise auf die Fälle prozessualer Arglist angewendet. Vgl. dazu näher unten S. 91 ff.

¹⁴⁹ Vgl. statt vieler v. Kries S. 674.

¹⁵⁰ Vgl. Kleinknecht-Müller § 338 Bem. 9; Löwe-Rosenberg § 338 Bem. 18 u. 20 b; Schmidt § 338 Erl. 34 ff.; Schwarz § 338 Bem. 2 H mit Nachw.

¹⁵¹ Vgl. BGHSt Bd. 1 S. 325; Bd. 3 S. 199 mit Nachw. der RG-Rspr.

¹⁵² Vgl. z. B. die Komm. z. § 238; Kleinknecht-Müller § 238 Bem. 4 d, 5 c; Löwe-Rosenberg § 238 Bem. 13; Schmidt § 238 Erl. 29 f.; Schwarz § 238 Bem. 2 C.

¹⁵³ Über die Einschränkungen, die zugunsten des unverteidigten Angeklagten geboten sind, sowie über die übrigen Grenzen der prozessualen Überholung s. u. S. 88 ff.

Urteils von Amts wegen hätte berücksichtigt werden müssen¹⁵⁴. So entscheidet z. B. über die Vertheidigung eines Zeugen der Vorsitzende, im Falle der Beanstandung das Gericht. Erst der auf die Beanstandung hin ergehende Gerichtsbeschluß stützt die Revisionsrüge aus § 338 Ziff. 8¹⁵⁵.

Zu dem gleichen Ergebnis, zum Verlust der Verfahrensrüge, gelangt die Revisionsrechtsprechung¹⁵⁶ auch bei Verletzung anderer Verfahrensvorschriften, bei denen eigentlich eine mögliche Kausalbeziehung zum Urteil (§ 337 Abs. I) schlechterdings nicht ausgeschlossen werden kann. Auffallend ist aber auch hier, daß den Parteien in diesen Fällen bereits in der Vorinstanz ein ausreichender Verteidigungsbehelf zur Abwehr der Verfahrensverletzung zur Verfügung stand. Entweder konnte in der Hauptverhandlung Widerspruch angemeldet¹⁵⁷, der eigene Antrag wiederholt¹⁵⁸ oder sogar die Aussetzung der Verhandlung beantragt werden¹⁵⁹. So kann auf die Unterlassung der Anhörung der Beteiligten (§ 33) die Revision dann nicht gestützt werden, wenn die Beteiligten in der Hauptverhandlung gegen die Entscheidung Widerspruch erheben konnten¹⁶⁰. — Wird bei vorweggenommener Beweisaufnahme § 193 verletzt, so muß der Verwertung des Protokolls in der Hauptverhandlung widersprochen werden¹⁶¹. — Rügt der Angeklagte das Fehlen der Ladung (§ 216 Abs. I), der Terminbekanntmachung und Befragung (§ 216 Abs. II) in der Hauptverhandlung nicht, so begründet dieser Verfahrensverstoß nicht die Revision¹⁶². — Gleiches gilt bei Unterlassung der Benachrichtigung von einem zur kommissarischen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen anberaumten Termin. Widerspricht (§ 251 Abs. I Nr. 4) die Prozeßpartei nicht der Verlesung des unter Verletzung des § 224 aufgenommenen Beweisprotokolls, so kann sich die Revision auf diesen Verfahrensmangel nicht berufen¹⁶³. — Die mit der Revision gerügte unzulässige oder unbegründete Ablehnung eines vor der Hauptverhand-

¹⁵⁴ Vgl. BGHSt Bd. 7 S. 281 ff. mit Nachw.

¹⁵⁵ StRspr: BGHSt Bd. 1 S. 218; OGHSt Bd. 1 S. 208; RGSt Bd. 71 S. 23.

¹⁵⁶ Vgl. die unten zit. Entscheidungen; im übrigen vgl. die Komm. der nachfolgend angegebenen §§.

¹⁵⁷ Vgl. §§ 33, 193, 216, 224.

¹⁵⁸ Vgl. §§ 74, 201, 219.

¹⁵⁹ Vgl. §§ 201, 207, 217, 218, 222, 228.

¹⁶⁰ BGH LM Nr. 2 z. § 33; RGSt Bd. 14 S. 302; a. A. mit prozeßpsychologischer Begründung BGH — 5 StR 531/54 — v. 16. 11. 1954 zit. nach Kleinknecht-Müller § 33 Bem. 7.

¹⁶¹ Vgl. dazu BGH NJW 1952 S. 1426 — LM Nr. 5 z. § 140 (Anm. Neumann); RGSt Bd. 1 S. 256.

¹⁶² BGH — 5 StR 619/55 — v. 24. 4. 1956 zit. nach Kleinknecht-Müller § 216 Bem. 4; vgl. auch RGSt Bd. 48 S. 386 und die dort angeführte ältere Rspr des RG.

¹⁶³ BGHSt Bd. 1 S. 284 — LM Nr. 1 z. § 224 (Anm. Krumme), Bd. 9 S. 24 ff.; OLG Frankfurt HEst Bd. 2 S. 218 ff.; ablehnend Niese JZ 1953 S. 222, es gebe keinen Zwischenrechtsbehelf nach Art des § 238 Abs. II gegen den Beschluß nach § 251 Abs. IV. Einen förmlichen Verzicht verlangt OLG Frankfurt NJW 1952 S. 1068.

lung gestellten Antrages auf Ablehnung eines Sachverständigen (§ 74) setzt voraus, daß der Ablehnungsantrag in der Hauptverhandlung wiederholt worden ist¹⁶⁴. — Ist bei Zustellung der Anklageschrift an den Angeschuldigten § 201 verletzt, insbesondere die Anklageschrift überhaupt nicht mitgeteilt worden, so hätte zur Wahrung der Revisionsrüge¹⁶⁵ die Nachholung der Mitteilung der Anklageschrift oder die Aussetzung der Hauptverhandlung beantragt werden müssen¹⁶⁶. — Macht der Angeklagte, dessen Beweisantrag vor der Hauptverhandlung (§ 219) abschlägig beschieden worden ist, von der Wiederholung des Beweisantrages in der Hauptverhandlung oder der Möglichkeit der unmittelbaren Ladung (§ 220) keinen Gebrauch, so entfällt grundsätzlich die Revisionsmöglichkeit¹⁶⁷. — Ein mangelhafter Eröffnungsbeschluß (§ 207) kann mit der Revision erst dann gerügt werden, wenn dem Angeklagten in der Hauptverhandlung ein Vertagungsantrag zu Unrecht abgelehnt worden ist¹⁶⁸. — Eine Verletzung der gesetzlichen Vorschriften über die Ladung zur Hauptverhandlung (§§ 217, 218) kann auch nicht zur Begründung der Revision dienen, wenn der Vorsitzende die Belehrung nach § 228 Abs. III versäumt hat¹⁶⁹. — Die Versäumung der nach § 222 vorgeschriebenen Namhaftmachung der von Gericht und der Staatsanwaltschaft zusätzlich geladenen Zeugen oder Sachverständigen kann die Revision wegen der Aussetzungsantragsmöglichkeit nach § 246 Abs. II nicht begründen¹⁷⁰. Allgemein können Verfahrensmängel I. Instanz, die in der Berufungsinstanz nicht gerügt worden sind¹⁷¹ oder fehlerhafte Beschlüsse, gegen die sofortige Beschwerde hätte eingelegt werden können¹⁷², mit der Revision nicht mehr geltend gemacht werden.

Die Form der Begründung, oder besser gesagt, das Nebeneinander der Begriffe, mit der die revisionsrechtliche Rechtsprechung und Literatur

¹⁶⁴ RGSt Bd. 58 S. 301; RGJW 1932 S. 3099.

¹⁶⁵ Für die Vorinstanz ist eine Verletzung des § 201 Abs. I S. 2, Abs. II bereits mit Erlaß des Eröffnungsbeschlusses überholt, vgl. Kleinknecht-Müller § 201 Bem. 10 b m. Nachw.

¹⁶⁶ RGSt Bd. 58 S. 127.

¹⁶⁷ Vgl. BGHSt Bd. 1 S. 286. St. Rspr. d. RG., zuletzt RGSt Bd. 75 S. 167.

¹⁶⁸ RGSt Bd. 24 S. 66; RGHR 1936 Nr. 377.

¹⁶⁹ BGH MDR 1952 S. 532 (Dallinger) im Anschluß an die ältere RG Rspr. Der Rügeverlust wird abgelehnt von Kleinknecht-Müller § 217 Bem. 5 u. Schmidt § 217 Bem. 9, falls Hinweis nach § 228 Abs. III unterbleibt. Die Konstruktion des nachträglichen Rügeverzichts ist wegen der schon nach Abs. II eintretenden prozessualen Überholung überflüssig. So aber Schwarz § 217 Bem. 2; § 218 Bem. 2 C und die dort zit. ältere RG-Rspr.

¹⁷⁰ BGHSt Bd. 1 S. 285.

¹⁷¹ Vgl. RGSt Bd. 59 S. 300. Vgl. auch Schmidt § 336 Erl. 18; Schwarz § 336 Anm. 1 A.

¹⁷² Vgl. RGSt Bd. 44 S. 382; Kleinknecht-Müller § 336 Bem. 5; Schmidt § 336 Erl. 5 ff. Die Rev. ist jedoch möglich, wenn die eingelegte Beschwerde zu Unrecht als unzulässig abgelehnt wurde, RGSt Bd. 32 S. 79 ff.

bis in die jüngste Zeit hinein arbeitet, um zu diesen Einzelergebnissen zu gelangen, ist, wenn man einmal das neuaufgekommene Schlagwort von der „Verwirkung“ außer acht läßt, die gleiche geblieben, wie sie seit den Anfängen der Strafprozeßordnung durch die Motive vorgezeichnet wurde¹⁷³. Am unglaublichsten von allen Formulierungen wirkt diejenige, die eine prozessuale Willenserklärung feststellt und bei einem oft unbewußt bleibenden Versehen, das der einzelnen Prozeßpartei ebenso wie dem Gericht selbst zustoßen kann, einen „stillschweigenden Verzicht“ konstruiert¹⁷⁴. Auf die Unhaltbarkeit der in der Rechtsprechung beliebten Verzichtskonstruktion ist von der Literatur wiederholt hingewiesen worden¹⁷⁵. Wie wenig Überzeugungskraft die Annahme eines Verzichts, der meist eine Fiktion bleibt, besitzt, läßt auch die Auffassung erkennen, die bereits in der stillschweigenden gerichtlichen Ablehnung oder Übergehung des gestellten Antrages den nach § 338 Ziff. 8 erforderlichen Gerichtsbeschluß erblickt, um den Rügeverlust zu meiden¹⁷⁶. Auf der gleichen Linie bewegt sich auch die vereinzelt gebliebene Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt¹⁷⁷, die einen ausdrücklichen Verzicht verlangt. Ebensowenig wie im materiell-rechtlichen Sinne der bloße Nichterwerb eines Rechts als Verzicht aufgefaßt werden kann, kann bei Nichterhebung der Rüge von einem Verzicht gesprochen werden¹⁷⁸. Die prozessuale Überholung von Verfahrensrügen ist also kein stillschweigender Verzicht. Damit soll selbstverständlich für den Einzelfall nicht die Möglichkeit eines stillschweigenden Rügeverzichts geleugnet werden, er wird jedoch in dem Stadium des Verfahrens rechtlich unerheblich, wo bereits eine prozessuale Überholung der Verfahrensrüge eintritt. Die Anhäufung verschiedener Begriffe macht es somit schwierig, den maßgeblichen Grundgedanken der prozessualen Überholung zu entwickeln. Einstweilen kann jedoch schon so viel festgestellt werden, daß er objektiver Art ist und auf die subjektive Willensrichtung der Prozeßbeteiligten keine Rücksicht nimmt.

War es das wesentliche Ergebnis der von v. Kries und Goldschmidt so verstandenen prozessualen Überholung, bestimmte Prozeßhandlungen be-

¹⁷³ S. o. S. 82 f.

¹⁷⁴ Im Zusammenhang mit „Verwirkung“ sprechen von Verzicht z. B. Kleinknecht-Müller § 337 Bem. 10 e; Schmidt § 337 Erl. 64. Vgl. auch Anm. 169 a. E.

¹⁷⁵ Vgl. z. B. Alsberg in der Anm. zu RGJW 1931 S. 1602; Klefisch in der Anm. z. RGJW 1932 S. 1660; ähnlich Oehler in d. Anm. z. BGHJZ 1951 S. 725.

¹⁷⁶ So im Anschluß an RGSt Bd. 57 S. 263; Kleinknecht-Müller § 338 Bem. 9 a; Löwe-Rosenberg § 338 Bem. 18 b und — mit Einschränkungen — auch Schmidt § 338 Erl. 37. Mit Recht ablehnend RGJW 1931 S. 1097 f. (Anm. Mannheim).

¹⁷⁷ NJW 1952 S. 1068 (zu § 224).

¹⁷⁸ Vgl. Goldschmidt S. 307 ff. § 295 Abs. I ZPO unterscheidet deshalb richtig zwischen Verzicht und Säumnis des Rügerechts.

stimmten Verfahrensstadien unmittelbar oder mittelbar zuzuordnen, so trifft dieser Gedanke auch für die prozessuale Überholung von Verfahrensrügen zu. Die Verfahrensrügen sind im zeitlichen Ablauf des Verfahrens demjenigen Verfahrensabschnitt zugeordnet, in dem sie nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung durch Gebrauch eines Rechtsbehelfs geltend gemacht werden können. Aus diesem Grunde gehen wegen der Möglichkeit der Berufung Verfahrensmängel I. Instanz, wegen der Möglichkeit der sofortigen Beschwerde Verfahrensverstöße der Berufungsinstanz für die Revision verloren. Alles das gilt aber auch für die Rügemöglichkeit mittels sogenannter Zwischenrechtsbehelfe, also bei der Möglichkeit der Beanstandung, der Antragswiederholung, des Widerspruchs und des Antrags auf Verhandlungsaussetzung. Genauso wie die Strafprozeßordnung es den Prozeßparteien überläßt, ob sie das Urteil mit dem Rechtsmittel der Berufung bzw. der Revision anfechten wollen, steht in ihrem freien Belieben, ob sie gegen Entscheidungen des Gerichts innerhalb der Instanz mit Zwischenrechtsbehelfen vorgehen wollen. Das System der Kassation wird also auch im kleinen von der Strafprozeßordnung abgelehnt. Verfahrensverletzungen, die nicht gerügt sind, dürfen im weiteren Verlauf des Verfahrens grundsätzlich keine Rolle mehr spielen. Die prozessuale Verfügungsmacht der Prozeßparteien¹⁷⁹ wird also nicht erst mit Abschluß der Verfahrensinstanz, sondern schon vorher geachtet. Sie darf beachtet werden, da die Strafprozeßordnung für die Instanz selbst schon das Rechtsmittel der Beschwerde und andere Rechtsbehelfe zur Verfügung stellt.

Diese letztgenannten prozessualen Befugnisse sind darauf zurückzuführen, daß die Strafprozeßordnung die Autorität des erkennenden Gerichts, insbesondere des Kollegialgerichts stärkt (vgl. § 238 Abs. II)¹⁸⁰. Die beherrschende Stellung des Gerichts gegenüber den Prozeßparteien (§§ 155 Abs. II, 206) bringt es mit sich, daß am Ende ausschließlich prozeßordnungswidrige Handlungen und Unterlassungen des Gerichts, also nicht unmittelbar die Verfahrensverstöße des Prozeßgegners, der prozessualen Überholung verfallen können, falls die rügeberechtigte Prozeßpartei von dem ihr gegebenen Anfechtungsmittel nicht zur rechten Zeit Gebrauch macht. Bei den — unbefristeten — Rechtsbehelfen ist letztmöglichster Zeitpunkt der Erlass des Urteils der Vorinstanz. Damit wird auch der entscheidende Grundgedanke der prozessualen Überholung erkennbar: Ihrem Wesen nach beruht die prozessuale Überholung auf dem Gedanken der Prozeßökonomie und der daraus abzuleitenden Verpflichtung, das Ver-

¹⁷⁹ Vgl. o. S. 59.

¹⁸⁰ Das OLG Köln — NJW 1957 S. 1373 — ist daher im Unrecht, wenn es meint, es bedeute eine gewisse Widersprüchlichkeit, wenn der Rügeverlust durch Nichtanrufung des Richterkollegiums (§ 238 Abs. II) im Verfahren vor dem Einzelrichter nicht eintreten könne, nur in dem in aller Regel gewichtigeren Verfahren vor dem Kollegialgericht.

fahren schon in dem der Revisionsinstanz vorausgehenden Prozeßabschnitt zu konzentrieren. Eine straff geordnete Verfahrensregelung kann nicht zulassen, daß gegen eine prozessuale Maßnahme zwei oder mehr Verteidigungsbehelfe mit der gleichen Zielrichtung zugelassen werden. Die prozessuale Überholung kann daher wegen ihrer zeitlichen Verknüpfung mit der Instanz als indirekte Ausprägung einer prozessualen Ausschußfrist gelten. Sie muß grundsätzlich alle diejenigen Prozeßnormen binden, bei deren Verletzung eine Rüge den Prozeßparteien nicht erst in der Revisionsinstanz möglich war, die prozessuale Maßnahme also schon in der Vorinstanz abänderlich war¹⁸¹.

Dieser Satz muß selbstverständlich Ausnahmen dulden, wenn die Revision aus förmlichen Gründen nicht ihres prozessualen Zwecks gänzlich beraubt werden soll. Nicht alle prozessualen Normen der Strafprozeßordnung können durch die prozessuale Überholung betroffen werden. Es ist naheliegend, auf eine entsprechende Vorschrift der Zivilprozeßordnung zurückzugreifen und von der prozessualen Überholung alle diejenigen Bestimmungen auszuschneiden, „auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann“ (§ 295 Abs. II ZPO). Zwar scheint auf den ersten Blick eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift wegen der unterschiedlichen Interessenlage beider Verfahrensarten, die sich in den beiden gegensätzlichen Prozeßmaximen des Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatzes ausdrückt, unmöglich. Dieses Argument ist insbesondere von Niese¹⁸² angeführt worden, der — ausgehend von den erst auf Parteirüge hin zu beachtenden Einreden des § 274 Nr. 3, 5 und 6 ZPO — § 295 ZPO mit dem die ZPO beherrschenden Verhandlungsgrundsatz in Verbindung setzt. Demgegenüber habe die für die Strafprozeßordnung gültige Untersuchungsmaxime die folgenreiche „prozessuale Ausstrahlung“, daß die alleinige Verantwortung in der Einhaltung der Verfahrensvorschriften dem Gericht aufgebürdet werde. Folglich sei die dem Prozeßrecht eigene Tendenz zur Heilung von Verfahrensmängeln, die im Zivilprozeß unter Einschaltung des § 295 ZPO schon während der Instanz zur Auswirkung komme¹⁸³, im Strafprozeß grundsätzlich bis zur Rechtskraft des Urteils hinausgeschoben. — Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Es wurde bereits erwähnt, daß die Strafprozeßordnung es den Prozeßparteien grundsätzlich gestattet, daß sie jeden nur möglichen Rechtsbehelf verfallen lassen und auf diese Weise ein u. U. prozeßwidriges Verhalten des Gegners bzw. des Gerichts sanktionieren. Das Kassationsprinzip ist aber auch der Zivilprozeßordnung unbekannt.

¹⁸¹ Ähnlich auch Goldschmidt S. 520.

¹⁸² DRZ 1949 S. 506. Dann bleibt aber unerklärlich, wie Jescheck JZ 1952 S. 401 Anm. 3 selbst zugeben muß, warum § 295 ZPO auch für den Statusprozeß gilt, obwohl hier die Untersuchungsmaxime eingreift.

¹⁸³ Eine prozessuale Überholung im Bereich des Zivilprozeßrechts wird von Goldschmidt S. 345, 520 geleugnet, ohne daß auf die Rolle des § 295 ZPO in diesem Zusammenhang eingegangen wird.

Es ist deshalb zulässig, ohne Rücksicht auf die sonst gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung von Zivil- und Strafprozeß auf die Grundnorm der prozessualen Überholung im Bereich der Zivilprozeßordnung, den § 295 zurückzugehen. Entscheidend für die Möglichkeit einer prozessualen Überholung in einer Verfahrensordnung ist nicht das Vorhandensein der Verhandlungsmaxime, sondern das Fehlen des Kassationsprinzips.

Die Herrschaft des Verhandlungsgrundsatzes in der Zivilprozeßordnung erlangt allerdings insofern Bedeutung, als er weit eher als der Untersuchungsgrundsatz in der Strafprozeßordnung zuläßt, daß die Parteien von der einzelnen gesetzlichen Vorschrift, etwa in Form des Verzichts, abweichen¹⁸⁴. Die Verzichtbarkeit prozessualer Normen ist indessen nur eine, und zwar die vom Standpunkt der Prozeßparteien aus betrachtete Seite des dispositiven Prozeßrechts. Hält man sich die zahlreichen gerichtlichen Einzelentscheidungen innerhalb der Instanz vor Augen, bei denen das Gesetz dem richterlichen Ermessen Freiheit gewährt¹⁸⁵, so kann man auch hier von „dispositivem“ Prozeßrecht sprechen. Es gibt also nicht nur „partei-dispositives“ Prozeßrecht¹⁸⁶. Die auf Grund freier Beweiswürdigung ergangenen richterlichen Entscheidungen sind demgegenüber zwingend und können nicht prozessual überholt werden¹⁸⁷. Diese den Revisionsrichter schon allgemein verpflichtende unterschiedliche Behandlung¹⁸⁸ ergibt sich auch in diesem Fall aus dem Wesen der richterlichen Ermessensentscheidung. Bei ihr handelt es sich um eine solche Maßnahme, „deren Anordnung oder Unterlassen sich nicht nach dem Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, sondern nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit und Angemessenheit regelt“¹⁸⁹. Bei dieser kann das Gesetz Widerspruch und Anregung durch die Prozeßparteien erwarten. Die richterliche Ermessensentscheidung kann zur Diskussion gestellt werden, während diese Möglichkeiten bei einer Entscheidung, die der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt, nicht zugelassen werden darf, soll nicht das Fundament der richterlichen Autorität erschüttert werden. Bei der im Wege richterlicher Beweiswürdigung erzielten Entscheidung kann nur ein Ergebnis, bei Ermessensentscheidungen können zwei

¹⁸⁴ Vgl. Goldschmidt S. 302 ff. Dispositive Prozeßnormen sind meist durch eine Kann-Vorschrift — vgl. z. B. § 245 S. 3 —, seltener durch einen Hinweis auf Verzichtsmöglichkeit — vgl. z. B. § 217 Abs. III — gekennzeichnet.

¹⁸⁵ Z. B. bei der Entscheidung über die Verhandlungs-, Vernehmungs- und Eidesfähigkeit.

¹⁸⁶ A. A. Goldschmidt aaO.

¹⁸⁷ Vgl. z. B. die Entscheidung des OLG Köln — NJW 1957 S. 1373 — zu § 60.

¹⁸⁸ Nur letztere können im Wege des Freibeweises überprüft werden. Gegen die unterschiedliche Behandlung zu Unrecht Alsberg-Nüse S. 480 f.

¹⁸⁹ Alsberg-Nüse S. 481.

oder mehr Ergebnisse richtig und angemessen sein¹⁹⁰. Zum dispositiven Prozeßrecht gehören ferner allgemein diejenigen Prozeßbefugnisse, die einem vor Erlaß des instanzabschließenden Urteils liegenden Stadium des Verfahrens zugeordnet sind und die bei Nichtgebrauch zur rechten Zeit verfallen¹⁹¹. Auch diejenigen Prozeßvorschriften, bei deren Verletzung von den Revisionsgerichten übereinstimmend eine Rüge spätestens vor Erlaß des Urteils der Vorinstanz erwartet wird, sind dispositiver Natur¹⁹². Zu den zwingenden Verfahrensvorschriften gehören dagegen die Bestimmungen über die Anwesenheitspflicht des Angeklagten¹⁹³ und der Staatsanwaltschaft¹⁹⁴, die Verlesung des Eröffnungsbeschlusses¹⁹⁵, die Vereidigung der Zeugen¹⁹⁶ und der Schöffen¹⁹⁷. Diese Vorschriften sind der prozessualen Überholung nicht fähig.

Zum anderen kann nach der Rechtsprechung und Literatur¹⁹⁸ eine Einschränkung nach den rechtlichen Kenntnissen und Erfahrungen der rügeberechtigten Prozeßpartei geboten sein. Bei dem ungewandten und unverteidigten Angeklagten wird ein Rügeverlust bzw. ein Rügeverzicht grundsätzlich verneint. Es ist nicht zu verkennen, daß die Konstruktion des stillschweigenden Verzichts¹⁹⁹ an dieser Rechtsprechung maßgeblichen Anteil hat. Von der Literatur²⁰⁰ wird daher häufig verlangt, es bedürfe eines Hinweises gegenüber dem unverteidigten Angeklagten, um einen „Verzichtwillen“ festzustellen. Diese unterschiedliche Behandlung von Juristen und Laien ist berechtigt. Das Streben nach Straffung und Beschleunigung des Verfahrens darf bei dem unverteidigten Angeklagten hinter dem besonderen öffentlichen Interesse des Strafprozesses an der materiellen Wahrheitsfindung zurücktreten.

¹⁹⁰ Anders sind freilich die Ermessensfehler zu behandeln, vgl. dazu Schmidt § 337 Erl. 13.

¹⁹¹ Vgl. die oben S. 79 von Goldschmidt genannten Beispiele.

¹⁹² Vgl. die oben S. 83 ff. zit. Rechtsprechung. Richtig für §§ 193, 222, 224 auch schon Goldschmidt S. 303.

¹⁹³ Vgl. BGHSt Bd. 3 S. 187 = NJW 1952 S. 1306.

¹⁹⁴ Vgl. Kleinknecht-Müller § 337 Bem. 10 d. A. A. OLG Bremen MDR 1953 S. 441 = GA 1953 S. 1872 (mit abl. Anm. v. Jescheck).

¹⁹⁵ Vgl. RGSt Bd. 37 S. 194; Bd. 57 S. 261.

¹⁹⁶ Vgl. RGSt Bd. 10 S. 232.

¹⁹⁷ Vgl. BGH — 5 StR 249/53 — v. 8. 10. 1953, zit. nach Kleinknecht-Müller § 337 Bem. 10 d. Als zwingende Prozeßvorschriften sind ferner betrachtet worden § 60 Ziff. 3 (BGH MDR 1958 S. 14 — Dallinger), § 136 a (BGHSt Bd. 1 S. 387), § 258 (BGHSt Bd. 3 S. 368 ff.) u. § 429 c Abs. II (RGSt Bd. 72 S. 183).

¹⁹⁸ Vgl. die oben S. 84 f. z. §§ 74, 193, 201, 207, 218, 219, 222, 224, 238 angef. Zit. Vgl. bes. BGHSt Bd. 1 S. 288 = LM Nr. 2 zu § 219 = JZ 1951 S. 725, mit Anmerkung von Oehler unter Angabe der RG Rspr.

¹⁹⁹ Vgl. o. S. 86.

²⁰⁰ Kleinknecht-Müller § 238 Bem. 4 d; ebenso Niese JZ 1953 S. 221; Schmidt § 238 Erl. 30.

„Verwirkung“ oder Zurückweisung von Verfahrensrügen
wegen Verschleppungsabsicht?

**§ 1. Das Gebot von Treu und Glauben als Rechtsgrund der Verwirkung
infolge prozessualer Arglist**

Außer den Fällen der sogenannten prozessualen Überholung bezeichnet das Schrifttum¹ in jüngster Zeit eine Verfahrensrüge auf Grund arglistigen Verhaltens im Anschluß an ein Urteil des Oberlandesgerichts Darmstadt vom 15. November 1948² als „verwirkt“. Ein mit der Revision gerügter Verfahrensfehler sei dann unzulässig, wenn der Beschwerdeführer den Formfehler durch eigenes Zutun selbst mit herbeigeführt habe in der Absicht, darauf für den Fall eines ihm ungünstigen Urteils die Revision zu gründen. In dem vom Oberlandesgericht Darmstadt entschiedenen Fall hatte sich der Angeklagte mit Genehmigung des Gerichts und im Einverständnis mit seinem Verteidiger wiederholt kurze Zeit zum Austreten aus der Hauptverhandlung entfernt; der Verteidiger hatte dies mit genauen Zeitangaben vermerkt und mit der Revision die Verletzung der §§ 231, 338 Ziffer 5 gerügt. Noch weitergehend formulierte das Oberlandesgericht Bremen in einem von ihm entschiedenen Fall³, in dem der Beschwerdeführer einen Verfahrensfehler — unter ausdrücklichem Verzicht auf dessen Heilung — lediglich ausgenützt hatte: Ein Beschwerdeführer handele schon dann arglistig, wenn er einen Verfahrensverstoß in der Hauptverhandlung hinnehme, der ihm in seinen Auswirkungen voll bewußt und den zu verhindern er in der Lage gewesen sei, um später seine Revisionsrüge darauf stützen zu können.

Mit Ausnahme der beiden vorerwähnten in ihrer Tragweite dazu noch unterschiedlichen Entscheidungen liegen zur „Verwirkung“ von Verfahrensrügen infolge arglistigen Verhaltens keine Erkenntnisse aus der gerichtlichen Praxis vor, so daß die Lösung dieses Problems einstweilen der Theorie überlassen bleiben muß. Da die Literatur⁴ sich im wesentlichen auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Darmstadt stützt, also ohne nähere Begründung zu dem Einzelergebnis gelangt, daß der Verfahrensverstoß selbst herbeigeführt sein müsse, ist eine Erörterung aller auftauchenden Fragen im Zusammenhang geboten. Dabei ist zunächst die Frage nach dem Rechtsgrund der Verwirkung infolge prozessualer Arglist zu klären.

¹ Vgl. Jescheck JZ 1952 S. 402 — ferner Anm. zu d. Urt. des OLG Bremen GA 1953 S. 87 —; Henkel S. 435 f.; Kleinknecht-Müller § 337 Anm. 10 b.

² JR 1949 S. 515.

³ GA 1953 S. 87 ff. mit Anm. von Jescheck.

⁴ Vgl. Anm. 1.

Das Oberlandesgericht Darmstadt bezieht sich in seiner Entscheidung auf ein Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 16. Juli 1947⁵. In diesem Urteil heißt es, daß das Verhalten des Beschwerdeführers dem Gesetz widerspreche, weil dieses weder Raum für ein illoyales Verhalten noch für eine absichtliche Prozeßverschleppung lasse. Das Verbot der Prozeßverschleppung wiederum, das sowohl in der StPO (vgl. §§ 244 Abs. III, 245, 266 Abs. III) als auch in der ZPO (vgl. §§ 279, 283 Abs. II, 529 Abs. II, III, 534 Abs. II, 626) mehrfach ausgesprochen wird, ist lediglich „eine Folgerung aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Wahrung von Treu und Glauben“⁶. Mit dieser Feststellung ist für die weitere Untersuchung jedoch nicht viel gewonnen, da die Geltung von Treu und Glauben im Verfahrensrecht zwar grundsätzlich anerkannt wird⁷, aber immer noch Zweifel in der praktischen Anwendung des Treu- und Glaubensprinzips im Einzelfall bestehen bleiben. Ungewiß ist vor allem, in welchem Umfang diese außerordentlich weitgehende Generalklausel angewendet werden kann. In der Literatur wird vereinzelt⁸ die Meinung vertreten, daß die Anwendbarkeit des Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben im Verfahrensrecht auf die gesetzliche Regelung beschränkt sei.

Wäre diese Auffassung richtig, so wäre dieses Rechtsprinzip im wesentlichen auf das in den Verfahrensgesetzen eingehend geregelte schikanöse Verhalten der Prozeßverschleppung eingengt. Diese in Rechtsprechung und Literatur⁹ wiederholt ausgesprochene Auffassung kann nicht befriedigen. Die Begründung, daß die Prozeßhandlungen nur dem Prozeßrecht, aber nicht den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere dem Schikaneverbot des § 226 BGB unterstellt seien¹⁰, übersieht, daß der im § 226 BGB enthaltene Rechtsgedanke nicht auf das Zivilrecht beschränkt ist¹¹. Außerdem stellt, worauf Baumgärtel¹² mit Recht hinweist, das schikanöse Vorgehen innerhalb des Prozeßrechtsverhältnisses gleichzeitig einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar, dessen Schutzzweck andernfalls ohne Grund beeinträchtigt würde. Die in diesem Zusammenhang maßgeblichen Gesichtspunkte der Verfahrens-

⁵ NJW 1947—48 S. 395.

⁶ Jescheck aaO.

⁷ Vgl. die Nachw. bei Soergel-Siebert § 242 BGB Bem. A III 4, Siebert S. 125 f.; Rosenberg § 61 VII u. Baumgärtel, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZZ Bd. 69 S. 90.

⁸ So z. B. von Nowak, Österr. JZ 1949 S. 338 ff.

⁹ Vgl. Sauer, Grundlagen S. 464, 607 f. und die bei Baumgärtel ZZZ Bd. 69 S. 115 zit. Rspr u. Lit.

¹⁰ So RGZ Bd. 162 S. 67 f.

¹¹ Simader S. 45 f.

¹² ZZZ Bd. 69 S. 115. Vgl. auch seine Schrift: Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin und Frankfurt 1957, S. 139.

gestaltung hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts bereits zu Anfang¹³ herausgestellt: das Interesse an der Wahrung der Würde des Gerichts und den Zweck des strafrechtlichen Verfahrens. Die Rechtspflege bedarf ebenso wie das private Interesse eines Schutzes gegen prozessuale Willkür. Diesem Gesichtspunkt wird von der bisherigen Rechtsauffassung, die vom Zivilprozeß ausgeht und nur die Individualinteressen im Auge hat, nicht die genügende Beachtung geschenkt¹⁴. Die Schutzfunktion wäre unvollkommen, wenn nicht alle prozessualen Befugnisse ohne Ausnahme in einer Treu und Glauben entsprechenden Weise geltend gemacht werden müßten. Ein treuwidriges prozessuales Verhalten ist außerdem unvereinbar mit dem Verfahrenszweck der Rechtsverfolgung. Alle prozessualen Erscheinungen sind teleologisch, vom Zweck her zu betrachten¹⁵. Jede Prozeßhandlung ist „Zweckhandlung“¹⁶. Die Gerichte müssen deshalb „gegen eine Behinderung in der Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe durch Täuschungen seitens der Parteien und durch Ausnutzung formal gegebener prozessualer Möglichkeiten in einer dem Zweck der einzelnen Norm widersprechenden Weise geschützt werden“¹⁷.

Einer Heranziehung der Figur des Prozeßrechtsverhältnisses bedarf es daher ebensowenig¹⁸ wie der umstrittenen Deutung des Verbots der Prozeßverschleppung als prozessuale Rechtspflicht¹⁹. Auch diejenigen Schriftsteller, die eine echte „Rechtspflicht“ und die Wertkategorie der Rechtswidrigkeit für den prozessualen Bereich ablehnen, müssen die Anwendung von Treu und Glauben im Prozeß anerkennen²⁰. Wie wenig eine Beschränkung dieses Rechtsgrundsatzes auf die gesetzlich geregelten Tatbestände möglich ist, wird besonders deutlich, wenn man sich vor Augen hält, daß auch im Strafprozeß, noch ehe dies in §§ 244 Abs. III, 245, 266 Abs. III positiv-rechtlich ausgesprochen wurde, die Rechtsprechung²¹ ein Vorbringen, das lediglich der Prozeßverschleppung diene, zurückgewiesen hat. Schließlich hat die Rechtsprechung sowohl im Bereich des Zivilprozesses²² als auch im Bereich des Strafprozesses²³ trotz fehlender gesetzlicher Bestimmungen die in Verschleppungsabsicht vorgebrachte Richterablehnung stets für unzulässig gehalten. Es bestehen somit keine Bedenken, den Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glau-

¹³ RGSt Bd. 1 S. 243 f.

¹⁴ Baumgärtel aaO. S. 102 f., 106 ff.

¹⁵ Vgl. RGZ Bd. 105 S. 427; Bd. 150 S. 363; Stein-Jonas-Schönke Einl. C; Rosenberg § 8, 2; Sauer, Grundl. S. 290 ff.

¹⁶ Sauer, Grundl. S. 461.

¹⁷ Baumgärtel aaO. S. 106 f.

¹⁸ Baumgärtel aaO. S. 93; Goldschmidt S. 133 f.

¹⁹ So Sauer, Grundl. S. 180; Lent ZZP Bd. 67 S. 344; Baumgärtel, Wesen und Begriff, S. 139.

²⁰ So z. B. Goldschmidt S. 119 ff., 477; Niese S. 72 f., 75.

²¹ Vgl. RGSt Bd. 1 S. 243 f.; Bd. 12 S. 336; Bd. 13 S. 153 u. a.

²² Vgl. RGZ Bd. 44 S. 402; Bd. 56 S. 49; RG HRR 1929 Nr. 1695.

²³ Vgl. RGSt Bd. 30 S. 274 f.

ben auch auf das Revisionsrecht zu erstrecken und treuwidrig geltend gemachte Verfahrensrügen zurückzuweisen.

§ 2. Die Bedeutung der Prozeßverschleppung als Unterfall des Verstoßes gegen Treu und Glauben

Mit der grundsätzlichen Anerkennung eines Rechtsprinzips ist freilich noch keine Antwort auf die Einzelfragen gegeben. Wie bereits die Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt²⁴ anregt, liegt es nahe, auf die von der Rechtsprechung zu einem Teilbereich des großen Treu- und Glaubenproblems, der Prozeßverschleppung, erarbeiteten Grundsätze zurückzugreifen. Dieses Hilfsmittel ist berechtigt, da — wie im einzelnen noch nachzuweisen ist — jeder arglistig herbeigeführte Verfahrensverstoß zugleich eine Verschleppungshandlung darstellt.

Die Vorschriften der StPO (§§ 244 Abs. III, 245, 266 Abs. III), die eine Prozeßverschleppung verhindern sollen, sind aus den Bedürfnissen der Praxis entstanden und der Niederschlag einer jahrzehntelangen Rechtsprechung des Reichsgerichts. Daß eine „mißbräuchliche, den Prozeßbetrieb gefährdende Ausnutzung des Beweisrechts“²⁵ keinen Schutz finden kann, ist von der Rechtsprechung auch schon vor Erlass der Novellen vom 27. Dezember 1926 — RGBl I S. 523 — und vom 28. Juni 1935 — RGBl I S. 844 — anerkannt worden²⁶. Ihrem äußeren Erscheinungsbild nach setzt die Zurückweisung von Beweisanträgen wegen Verschleppungsabsicht objektiv ein sachlich ungerechtfertigtes Hinauszögern der Urteilsfällung voraus, das z. B. dann vorliegt, wenn Zeugen benannt werden, die sich im Ausland befinden²⁷ oder deren Ermittlung bereits fruchtlos verlaufen ist²⁸. In subjektiver Hinsicht muß sich der Antragsteller außerdem der Unmöglichkeit bewußt sein, durch den Beweis-antrag eine für ihn günstige Wendung des Prozesses herbeizuführen. Die beantragte Vertagung darf also das bereits vorliegende Beweisergebnis in keiner Weise mehr beeinflussen wollen²⁹. „Prozeßverschleppung setzt die Aussichtslosigkeit der Beweisaufnahme und ein subjektiv prozeßwidriges Verhalten des Antragstellers voraus“³⁰. Erst beide Merkmale zusammen füllen den Begriff der Prozeßverschleppung aus. Der Ablehnungsgrund bloßer Prozeßverzögerung müßte schon an § 246 Abs. I scheitern. Entsprechende Grundsätze hat die Rechtsprechung trotz fehlender gesetzlicher Grundlage für in Verschleppungsabsicht angebrachte Gesuche auf Ablehnung eines angeblich befangenen Richters aufgestellt³¹,

²⁴ Vgl. Anm. 5.

²⁵ RG HRR 1934 Nr. 1426.

²⁶ Vgl. Anm. 21.

²⁷ RG Rspr Bd. 7 S. 550.

²⁸ RG Rspr Bd. 10 S. 148.

²⁹ RG JW 1908 S. 765.

³⁰ Peters S. 244.

³¹ Vgl. BGH MDR 1955 S. 271 (Dallinger) im Anschluß an die RG Rspr: RGSt Bd. 11 S. 226, Bd. 30 S. 275, Bd. 56 S. 50.

so wenn z. B. ein bereits früher zurückgewiesenes Ablehnungsgesuch lediglich wiederholt wurde³².

Die Rechtsprechung zur Prozeßverschleppung ist von ihr selbst dahin verstanden worden, daß in der „trügerischen Form“ eines Beweisantrages³³ oder eines Ablehnungsgesuches³⁴ eine „nichternstliche Prozeßhandlung“ vorliege, die — genau genommen — vom Gericht gar nicht beachtet zu werden brauche. Diese Begründung, der sich die Literatur größtenteils angeschlossen hat³⁵, ist jedoch, worauf schon Bennecke-Beling³⁶ mit Recht hingewiesen haben, schon aus psychologischen Gründen unzutreffend, da Verschleppungsanträge zumeist mit besonderem Nachdruck gestellt sein dürften. Eine ernstliche prozessuale Willenserklärung liegt schon dann vor, wenn sie nach dem Willen des Antragstellers prozessual berücksichtigt werden soll, also auch dann, wenn der Wille sich nicht auf den dahinterliegenden Erfolg der Richterablehnung oder der Beweiserhebung bezieht. Auch die in Verschleppungsabsicht vorgenommene Prozeßhandlung ist darum Prozeßhandlung³⁷. Das Wesen der Prozeßverschleppung kann auch nicht dadurch bestimmt werden, daß man als den Grund ihrer Zurückweisung ein „Verschulden gegen sich selbst“³⁸ oder eine Prozeß„strafe“³⁹ sieht, da dies im wesentlichen nur formale Erwägungen sind.

Die Erscheinung der Prozeßverschleppung kann nur dann rechtlich erfaßt werden, wenn sie unter dem Gesichtspunkt des Prozesses und der ihn bestimmenden Normen betrachtet wird. Der Zweck der Prozeßhandlungen muß allgemein auf die Prozeßentwicklung gerichtet sein⁴⁰. Fehlt der Prozeßhandlung, wie dies bei der Verschleppungshandlung, die die Urteilsfällung ungerechtfertigt hinauszögert, der Fall ist, diese Zweckrichtung, so ist sie als Prozeßhandlung „unwirksam“⁴¹, d. h. sie kann keine rechtliche Wirkungen erzeugen. Die Gerichte dürfen Verschleppungshandlungen somit nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Schikaneverbots und des Verstoßes gegen Treu und Glauben entgegenreten, sondern auch aus prozeßökonomischen Erwägungen, die einen

³² RGSt Bd. 11 S. 226.

³³ Vgl. u. a. RG Rspr Bd. 7 S. 679 ff.; Bd. 13 S. 153.

³⁴ Vgl. z. B. RGSt Bd. 30 S. 275; Bd. 56 S. 50.

³⁵ Vgl. Alsberg-Nüse S. 30 ff; Ditzén S. 18; Goldschmidt S. 124, 465 f.; v. Hippel S. 133 N. 4; Kleinknecht-Müller § 27 Bem. 4 g; § 244 Bem. 16 a; Löwe-Rosenberg § 25 Anm. 4; § 27 Anm. 16; Oetker Anm. z. RG JW 1926 S. 2759; Simader S. 41 f.; Stützel S. 99.

³⁶ S. 284. Vgl. auch Rosenfeld S. 132; Sauer, Grundl., S. 463 u. bes. Schmidt I, 185; § 27 Erl. 11, 13; § 244 Erl. 31.

³⁷ So Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, S. 51, zustimmend Niese S. 75; Baumgärtel ZZP Bd. 69 S. 116.

³⁸ Goldschmidt S. 121 ff.; Niese S. 72.

³⁹ So z. B. Hellwig, System I, S. 462 f.

⁴⁰ Sauer, Grundl., S. 168.

⁴¹ Sauer, Grundl., S. 106, 461.

möglichst geringen Zeit- und Kraftaufwand gebieten⁴². Hinzu kommt noch — darin unterscheidet sich die Verschleppungshandlung nicht von den übrigen Fällen prozeßwidrigen Verhaltens —, daß die in Verschleppungsabsicht vorgenommene Prozeßhandlung dem speziellen Normenzweck widerspricht: Die Vorschriften über die Richterablehnung dienen einem unparteiischen Spruch des Gerichts. Besteht diese Besorgnis tatsächlich nicht, sondern macht der Angeklagte oder Verteidiger von dem Ablehnungsrecht nur Gebrauch, um den Verfahrensfortgang zu behindern, so ist das Ablehnungsgesuch zurückzuweisen. Es ist deshalb auch nicht zu beanstanden, wenn der abgelehnte Richter bei der Zurückweisung des Ablehnungsgesuches mitwirkt⁴³. Die Vorschriften über die Beweiserhebung, insbesondere die §§ 244, 245, sollen auch dem Angeklagten die Möglichkeit gewähren, möglichst ungehindert zur richterlichen Wahrheitsfindung beizutragen und entsprechende sachdienliche Beweisanträge zu stellen. Verfolgt der Angeklagte jedoch nicht den Zweck, die behauptete Tatsache nachzuweisen und sich selbst zu entlasten, sondern will er lediglich das Gericht zu einer Vertagung veranlassen, um die von ihm gefürchtete Urteilsfällung hinauszuschieben, so darf das Gericht diesem Beweisantrag nicht stattgeben. Die Betrachtung von Beweisanträgen im Hinblick auf ihren Zweck ist von der Praxis auch in anderen Fällen stets angewendet worden. Der Mißbrauch von Beweisanträgen zu sonstigen verfahrensfremden Zwecken, z. B. für Zwecke des parteipolitischen Kampfes oder um den als Zeugen benannten Richter auszuschalten⁴⁴, ist von der Rechtsprechung⁴⁵ und der Literatur⁴⁶ ebenfalls stets zurückgewiesen worden. Der Normenzweck gebietet es schließlich noch, den Antrag auf Wiederholung eines bereits erhobenen Beweises abzulehnen⁴⁷.

Auch die Verschleppungshandlung stellt die bloße formale Ausnutzung einer prozessualen Befugnis dar. Darüberhinaus wird der objektive Tatbestand der Prozeßverschleppung außer durch die Nichtverfolgung des speziellen Normenzwecks durch den Verstoß gegen den allgemeinen Verfahrenszweck der Prozeßentwicklung gekennzeichnet. In subjektiver Hinsicht besteht die Schwierigkeit, festzustellen, ob eine alleinige Verschleppungsabsicht oder bloß eine unlautere Nebenabsicht vorliegt. Einmal abgesehen davon, daß es sich hier um die Ermittlung innerer Vorgänge

⁴² Zu eng Sauer, Grundl. S. 604, Allg. Prozeßrechtslehre S. 275 o., der sich ausschließlich auf die Prozeßökonomie beruft.

⁴³ Vgl. die Anm. 34 zit. Rspr.

⁴⁴ RG GA Bd. 59 S. 126.

⁴⁵ Vgl. RGSt Bd. 65 S. 305 = JW 1932 S. 58 mit Anm. Alsberg; RGSt Bd. 66 S. 15; RG JW 1933 S. 2524 mit Anm. v. Rozycki-v. Hoewel; siehe auch BGHSt Bd. 2 S. 287.

⁴⁶ Vgl. Löwe-Rosenberg § 244 Anm. 21 c; Ditzgen S. 18; Stützel S. 98.

⁴⁷ Vgl. BGH MDR 1952 S. 18 (Dallinger); sowie die Nachw. bei Alsberg-Nüse S. 168 Anm. 2 a.

handelt, wird diese Feststellung deshalb erschwert, weil der Zweck einer Prozeßhandlung regelmäßig mit dem des Gesetzes, das ihre Vornahme gestattet, übereinstimmt⁴⁸. Die Revisionsgerichte haben daher stets die zweifelsfreie Feststellung der ausschließlichen Verschleppungsabsicht verlangt⁴⁹. Nur bei ausschließlicher Verschleppungsabsicht liegt begrifflich überhaupt eine Verschleppungshandlung vor⁵⁰. Die Verschleppungsabsicht der Prozeßpartei muß sich ohne weitere Nachforschungen, insbesondere ohne Beweisaufnahme, schon aus dem objektiven Verhalten ergeben⁵¹.

§ 3. Die Wahl des selbstgeschaffenen Revisionsgrundes als zweiaktige Verschleppungshandlung

Die gleichen objektiven und subjektiven Voraussetzungen wie etwa bei der Zurückweisung eines Beweisantrages wegen Verschleppungsabsicht sind dann gegeben, wenn der Beschwerdeführer den von ihm gerügten Verfahrensfehler selbst herbeigeführt hat, um darauf die Revision stützen zu können. Würde das Gericht dieser Rüge stattgeben, so würde dies eine erhebliche Verzögerung der Urteilsfällung zur Folge haben. Allerdings kann die Verschleppung des Verfahrens nicht schon darin erblickt werden, daß ein Rechtsmittel eingelegt und das Verfahren in der höheren Instanz erneuert wird. Eine solche Verfahrensverzögerung ist notwendig mit der Einlegung eines Rechtsmittels verbunden⁵². Baumgärtel⁵³ macht für den Bereich des Zivilprozeßrechts mit Recht darauf aufmerksam, daß die prozessualen Angriffsrechte von der Bestimmung des § 279 ZPO ausgenommen sind. Das gleiche trifft aber auch für die übrigen Bestimmungen der ZPO und der StPO zu, soweit sie sich mit der Prozeßverschleppung befassen⁵⁴. Die objektive Verschleppungshandlung liegt vielmehr in der Wahl des selbstgeschaffenen Revisionsgrundes, in der der Beschwerdeführer grundsätzlich frei ist. Man kann daher bei einer arglistig vorgebrachten Verfahrensrüge von einer zweiaktigen Verschleppungshandlung sprechen, da selbst der in anfänglicher Verschleppungsabsicht herbeigeführte Verfahrensfehler durch Nichtrüge geheilt werden kann, so daß eine Verfahrensverzögerung nicht eintritt. Erst die Wahl des betreffenden Verfahrensverstößes als Revisionsgrund begründet den Vorwurf der Prozeßverschleppung.

⁴⁸ Sauer, Grundl. S. 580.

⁴⁹ Vgl. z. B. BGH MDR 1955 S. 271 (Dallinger); RG JW 1930 S. 1505 mit zust. Anm. Gerland; RG JW 1930 S. 3417 mit zust. Anm. Alsberg; RG JW 1932 S. 2732 mit zust. Anm. Unger.

⁵⁰ Alsberg-Nüse S. 511.

⁵¹ Ebenso Baumgärtel ZZP Bd. 69 S. 117.

⁵² Baumgärtel ZZP Bd. 69 S. 116.

⁵³ aaO.

⁵⁴ Selbstverständlich ist die „Verwirkung“ des mit dem prozessualen Angriffsrecht verfolgten materiellen Rechts nicht ausgeschlossen; s. dazu oben S. 37 ff.

Die auf der subjektiven Seite notwendige Feststellung, ob der Beschwerdeführer mit ausschließlicher Verschleppungsabsicht gehandelt hat, wird sich mit der erforderlichen Sicherheit nur dann treffen lassen, wenn der Verfahrensfehler von ihm selbst herbeigeführt, also für die Revisionsbegründung nicht bloß ausgenützt wird. Bemerkenswerterweise hat die Rechtsprechung ihre Grundsätze zur Prozeßverschleppung in dem Bereich aktiven Prozeßverhaltens, der Ablehnung von Beweisanträgen und der Richterablehnung, entwickelt. Sie hat das Unterlassen einer Prozeßhandlung oder sogar das bloße Ausnützen einer bestimmten Prozeßlage nicht als Prozeßverschleppung angesehen, eine Verschleppungsabsicht also nur dort bejaht, wo die Zweckrichtung der Prozeßhandlung offen zutage lag. Die gleichen Erwägungen müssen dazu führen, eine in Verschleppungsabsicht vorgebrachte Verfahrensrüge nur dann anzunehmen, wenn der Beschwerdeführer den Formfehler selbst herbeigeführt hat⁵⁵. Schwierigkeiten bestehen auch dann nicht, wenn in einer Prozeßstellung zwei verschiedene Personen mit eigener prozessualer Verantwortung auftreten, wie dies beim Angeklagten und Privat- bzw. Nebenkläger durch die Mitwirkung eines Rechtsanwalts (Verteidigers) bedingt ist, und diese beiden Personen nicht schon beim Schaffen des Verfahrensfehlers arglistig zusammenwirken. Es wurde bereits betont, daß erst die Wahl des Revisionsgrundes den Tatbestand der Prozeßverschleppung vollendet. Gleichwohl ergibt die Tatsache, daß der Verfahrensverstoß aktiv herbeigeführt sein muß, zumal dann, wenn es sich um einen rechtsunkundigen Angeklagten handelt, ein ausreichendes Indiz für ein arglistiges Zusammenwirken zwischen Angeklagtem und Verteidiger, da § 297 die Vollmacht des Verteidigers, für den Angeklagten das Rechtsmittel einzulegen, grundsätzlich vermuten läßt⁵⁶. Die gleiche Vermutung für ein arglistiges Zusammenwirken gilt selbstverständlich im Verhältnis zwischen Privat- bzw. Nebenkläger und Rechtsanwalt. Hier zeigt sich, daß die Rüge eines arglistig herbeigeführten Verfahrensfehlers nicht nur einem Teil zur Last gelegt werden muß, sondern mit Notwendigkeit zweiaktige Verschleppungshandlung ist.

Schließlich bleibt noch die Frage offen, ob es Verfahrensrügen gibt, die trotz arglistigen Verhaltens des Beschwerdeführers nicht „verwirkt“

⁵⁵ Im Ergebnis ebenso Jescheck JZ 1952 S. 402; Anm. zu d. Urte. des OLG Bremen GA 1953 S. 87. Die ausschließliche Verschleppungsabsicht muß jedoch, worauf schon oben S. 97 hingewiesen wurde, in jedem Fall zweifelsfrei vorliegen. Sie würde z. B. in dem zwar ungewöhnlichen, jedoch denkbaren Fall vom Revisionsgericht nicht festgestellt werden können, wenn der Verteidiger oder der Angeklagte einen künstlichen Revisionsgrund deshalb geschaffen haben, weil sie mit Recht davon ausgegangen sind, das voreingenommene Gericht werde infolge seiner Voreingenommenheit zu einseitigen tatsächlichen Feststellungen gelangen, die eine Revision aussichtslos machen würden.

⁵⁶ RGSt Bd. 66 S. 211.

werden können. Wie bereits oben⁵⁷ als Merkmal der Verschleppungshandlung erkannt wurde, verstößt die in Verschleppungsabsicht vorgenommene Prozeßhandlung außer gegen den allgemeinen Zweck der Prozeßentwicklung gegen den speziellen Zweck derjenigen Norm, die die Vornahme der Prozeßhandlung gestattet. Im Hinblick auf das Rechtsmittel der Revision ist deshalb entscheidend, inwieweit durch das arglistige Verhalten des Beschwerdeführers der Zweck der Revision beeinträchtigt wird. Da der Zweck der Revision aus formellen Gründen je nach der Art der verletzten Formvorschrift zweifach ist⁵⁸, wirkt sich diese Unterscheidung auch auf die prozessuale Arglist aus. Soweit es sich um verfahrensrechtliche Garantiebestimmungen handelt, deren Beachtung im Interesse der Würde, Hoheit und Sicherheit der Rechtspflege geboten ist, obliegt die Verantwortung für die Justizförmigkeit des Verfahrens ausschließlich den Gerichten als Organen staatlichen Handelns. Ein Verlust der Rügemöglichkeit derartiger Verfahrensverstöße würde offensichtlich den Zweck der Revision, der Rechtseinheit zu dienen, vereiteln. Diese Bedenken bestehen nicht bei der zweiten Gruppe der Verfahrensvorschriften, die zur materiellen Wahrheitsfindung beitragen wollen. Dieses auf den ersten Blick überraschende Ergebnis ist gerechtfertigt, wenn man sich vor Augen hält, daß das Rechtsmittel der Revision bewußt nicht kassationsähnlich ausgestaltet worden ist⁵⁹.

⁵⁷ S. 96.

⁵⁸ Vgl. dazu näher oben S. 74 ff.

⁵⁹ Vgl. oben S. 87.

ERGEBNIS

Die rechtstheoretische Begründung der „Verwirkung von Verfahrens-rügen“ kann nicht auf die von der Rechtsprechung geschaffene materiell-rechtliche Verwirkung zurückgreifen. Auch die dem Zivilprozeß und Verwaltungsstreitverfahren bekannte „Verwirkung“ selbständiger prozessualer Angriffsrechte fördert nicht die Erkenntnis, da sie sich wegen ihrer Nähe zum materiellen Recht nicht dazu eignet. Der prozessuale Bereich wird hier durch die Ausstrahlungen des materiellen Rechts zu sehr überschattet. Es besteht auch kein Zusammenhang mit dem Begriff „beruhen“, wie er sich aus § 337 Abs. I ergibt, da dieser nur die Voraussetzungen betrifft, unter denen die Revision überhaupt zugelassen werden soll. Die „Verwirkung von Verfahrens-rügen“ ist auch kein stillschweigender Verzicht, da seine generelle Anwendung einer durch nichts gerechtfertigten Fiktion gleichkäme. Der Gesichtspunkt der prozessualen Arglist braucht schließlich dann nicht herangezogen zu werden, wenn schon aus objektiven Gründen der Rügeverlust eingetreten ist.

Nur eine saubere Trennung zwischen formellem und materiellem Recht führt zu dem Ergebnis, daß Verfahrens-rügen nicht durch „Verwirkung“, sondern durch die dem Prozeßrecht eigentümliche sogenannte prozessuale Überholung verloren gehen. Die prozessuale Überholung zählt rechtssystematisch zu den wahrheitsbeschränkenden Rechtsformalien. Sie ist eine objektive Rechtserscheinung und wirkt wie eine prozessuale Befristung. Die prozessuale Überholung legt den Prozeßparteien keine außergesetzlichen prozessualen Pflichten auf, sie zieht vielmehr nur die Konsequenz aus der prozessualen Untätigkeit der rügeberechtigten Prozeßpartei. Ein fortschreitendes Verfahren darf nicht hinter sich schauen und muß unter Umständen auch auf prozeßordnungswidrigen Stadien aufbauen. Jeder neu betretene Verfahrensabschnitt bringt für gewisse Verfahrensverstöße Ausschlußwirkungen mit sich.

Welche Verfahrensvorschriften dem Rügeverlust verfallen können, entscheidet der „partei-dispositive“ Charakter der einzelnen Prozeßvorschriften, d. h. der betreffende Verfahrensverstoß muß schon in einem früheren Verfahrensabschnitt mit einer selbständigen Verfahrensrüge angreifbar und abänderlich gewesen sein. Die prozessuale Überholung der Rüge ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn der Angeklagte rechtsunkundig und ohne Verteidiger war. Für den Revisionsrichter ergeben sich als wichtige Prozeßstadien die Eröffnung des Hauptverfahrens und der Erlaß des Urteils der Vorinstanz. Über Prozeßverstöße des Vor- und Zwischenverfahrens schreitet der Verfahrensgang ausnahmslos, über Verfahrensverstöße des Hauptverfahrens unter den genannten Voraussetzungen hinweg. Nur soweit sie der prozessualen Überholung nicht unterliegen, können daher dispositive Prozeßvorschriften die Revision begründen. Auf zwingende Verfahrensvorschriften kann dagegen aus-

nahmslos die Revision gestützt werden, sofern das Urteil nur auf ihrer Verletzung „beruht“ (§ 337 Abs. I). Insoweit kann an § 295 ZPO als der Generalnorm prozessualer Überholung angeknüpft werden.

Der Begriff „beruhen“ reicht allerdings nicht aus, um alle zwingenden Prozeßbestimmungen, deren Verletzung mit der Revision angefochten werden kann, zu erfassen. Wie die Ziffern 6 und 7 des § 338 erweisen, gibt es formelle Revisionsgründe, auf denen das Urteil zwar nicht zu „beruhen“ braucht, die aber dennoch im Interesse eines einheitlichen Verfahrens- und Gerichtsverfassungsrechts zur Aufhebung des Urteils führen müssen. Wenn die Rechtsprechung und Literatur derartige Revisionsgründe nicht losgelöst von den positiv-rechtlichen Bestimmungen der §§ 337 Abs I, 338 entwickelt hat, so ist dies die schädliche Folge der in § 338 aufgenommenen Fiktion. De lege ferenda besteht daher die dringende Forderung nach einer Aufhebung dieser Fiktion. Die formell-rechtlichen Revisionsgründe sind also nicht einheitlicher Natur. Über den Zweck der Revision entscheidet der Charakter der verletzten Verfahrensvorschrift.

Mit Ausnahme der erwähnten verfahrensrechtlichen Garantiebestimmungen kann die Verletzung von Verfahrensvorschriften dann nicht mehr mit der Revision gerügt werden, wenn der Beschwerdeführer den Formfehler allein oder in arglistigem Zusammenwirken mit einer anderen Person herbeigeführt hat in der Absicht, hierauf später die Revision zu stützen. Die bewußte Ausnutzung eines Verfahrensfehlers reicht — unbeschadet der Möglichkeit eines prozessualen Verzichts — dagegen nicht aus. Rechtsgrund der „Verwirkung“ infolge prozessualer Arglist ist das Verbot der Prozeßverschleppung, das in dem auch für das Verfahrensrecht geltenden Grundsatz der Wahrung von Treu und Glauben wurzelt. Die Wahl eines in der Vorinstanz selbstgeschaffenen Revisionsgrundes ist in Wahrheit eine zweiaktige Verschleppungshandlung, da sie sowohl gegen den allgemeinen Verfahrenszweck der Prozeßentwicklung als auch gegen den speziellen Revisionszweck verstößt.

Abschließend kann somit festgestellt werden, daß der vieldeutige Begriff „Verwirkung“ im Zusammenhang mit dem Verlust von Revisionsrügen entbehrlich ist, da die Fälle des Rügeverlustes ausnahmslos zwei bereits bestehenden Instituten des Prozeßrechts zugeordnet werden können: der prozessualen Überholung und der Prozeßverschleppung.

LEBENS LAUF

Als Sohn des Justizhauptsekretärs Hermann Walther und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Bentfeld wurde ich am 24. Januar 1931 in Köln/Rhein geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Infolge Versetzung meines Vaters siedelten wir noch Ende des Jahres 1931 nach Paderborn über. In meiner Heimatstadt Paderborn besuchte ich die Volksschule und das altsprachliche Gymnasium Theodorianum.

Am 27. Februar 1951 absolvierte ich die Reifeprüfung und begann zum Sommersemester desselben Jahres an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster mit dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften.

Mein erstes juristisches Staatsexamen legte ich am 6. Januar 1956 vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm ab. Nach der Ernennung zum Referendar begann ich am 1. Februar 1956 am Amtsgericht in Delbrück/Westf. mit dem juristischen Vorbereitungsdienst.

Mein zweites juristisches Staatsexamen bestand ich am 2. Juni 1960 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf.

Am 25. Juni 1960 legte ich vor der Prüfungskommission der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Münster mein mündliches Dokorexamen ab.

Den Anlaß zur Behandlung des Themas dieser Dissertation bot ein vor dem Landgericht in Paderborn in I. Instanz verhandelter praktischer Fall, bei dem ich selbst als Protokollführer und Stationsreferendar mitwirkte, und bei dessen Entscheidung in der Revisionsinstanz vor dem Oberlandesgericht in Hamm mein verehrter Lehrer, Herr Prof. Dr. Karl Peters, als Berichterstatter tätig wurde. Die Entscheidung des Revisionsgerichts ist nachzulesen in der Verkehrsrechtlichen Sammlung Bd. 14 S. 370. Für die zahlreichen Anregungen sowie für sein beständiges Interesse und seine wertvolle Unterstützung bei der Ausarbeitung dieser Dissertation sage ich Herrn Prof. Dr. Karl Peters an dieser Stelle meinen herzlichen Dank.

